

TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEONARDO GONÇALVES JUZINSKAS

Dissertação a ser apresentada como requisito parcial para
conclusão do Curso de Mestrado, na área de concentração
Processo Civil da Universidade Federal do Espírito Santo –
UFES

Orientador: Dr. Rodrigo Reis Mazzei

Vitória

2013

TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Enfoque dogmático-filosófico sob o paradigma do processo civil no formalismo-valorativo

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovada em

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
orientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
Membro externo

Agradeço ao Professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, pela paciência, compreensão e companheirismo durante nossa convivência.

Aos Professores Drs. Flavio Cheim Jorge, Bruno Silveira de Oliveira, Tarek Moussallem, Angel Castellanos, Jose Pedro Luchi, Margareth Zaganelli, Marcellus Polastri e Hermes Zanetti Junior, com os quais tive o prazer de dividir o ambiente instigante da sala de aula, e que proporcionaram subir degraus importantes no universo da pesquisa.

Agradeço ao Prof. Dr. Rodrigo Mazzei, pelas palavras de apoio e pelas proveitosas observações feitas durante a qualificação. E agradeço pelo auxílio e orientação na fase final, fundamentais para o desfecho do trabalho.

À Prof^a. Dra. Valesca Raizer, coordenadora do programa de mestrado, afável e generosa no trato, participativa em todos momentos do curso, o sincero reconhecimento de competência e gratidão.

Aos meus pais, amigos e colegas de trabalho, sem os quais não seria capaz de superar os anos que se passaram.

Aos colegas de mestrado pelo diálogo e, em especial, Sergio Cupertino e José Arildo Valadão, que além de grandes debatedores, foram companheiros desde o primeiro dia em que partilhamos a sala de aula.

Aos servidores e demais envolvidos com o mestrado UFES, em especial ao dileto Luciano, grato pela convivência e pela amizade.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que, não sem dor e esforço, tenham se encerrado os trabalhos.

“(…) a atividade de pensar (…) ainda é possível, e sem dúvida ocorre, onde quer que os homens vivam em condições de liberdade política. Infelizmente, e ao contrário do que geralmente se supõe quanto à proverbial torre de marfim dos pensadores, nenhuma outra capacidade humana é tão vulnerável; de fato, numa tirania, sempre se supôs, talvez erradamente, que a atividade de pensar fosse privilégio de poucos. Talvez mais reduzidos em nosso tempo – o que pode ser irrelevante, ou de relevância limitada, para o futuro do mundo, mas não é irrelevante para o futuro do homem. Pois, se nenhum outro critério senão a experiência de se estar ativo, nenhum outro gabarito senão a medida de pura atividade fosse aplicado às várias atividades compreendidas pela *vita activa*, bem poderia ser que a atividade de pensar levasse a palma a todas as demais. Quem quer que tenha alguma experiência neste particular sabe o quanto eram verdadeiras as palavras de Catão: *Nunquam se plus agere quam nihil cum ageret, nunquam minus solum esse quam cum solus esset* – ‘Nunca ele está tão ativo do que quando nada faz, nunca está menos só que quando a sós consigo mesmo’.”

Hannah Arendt (“A condição humana”)

“O político voluntarista faz enorme sucesso nos períodos de crise, quando o desânimo e a desesperança dominam a consciência das pessoas.”

Herbert de Souza, o “Betinho”

RESUMO

O trabalho deverá situar o atual estágio de desenvolvimento do processo civil brasileiro, encadeado na leitura formalista-valorativa que emergiu da Constituição Federal, bem como na leitura construtivista do direito processual. Deverá haver a leitura das normas procedimentais e a leitura constitucional / construtivista que o método do formalismo-valorativo autoriza, de forma a empregar, na medida do desejável, os fins e a razão de ser da sua metodologia.

O objetivo, outrossim, é identificar e testar o projeto de código de processo civil, no que tange às suas técnicas de prestação de tutela, com os pressupostos refletidos em antecedência, identificando se há compasso entre o paradigma constitucional, os valores sociais e o instrumental normativo posto à disposição do juiz, e em quê medida essa coordenação pode ser realizada.

PROJETO DE CODIGO DE PROCESSO CIVIL – FORMALISMO-VALORATIVO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TÉCNICAS DE PRESTAÇÃO DE TUTELA – MÉTODO CONSTRUTIVISTA – COLABORAÇÃO

RIEPILOGO

La monografia permetterà inserire l'attuale fase di sviluppo della procedura civile brasiliana, incatenato in lettura formalista-valutativo è emerso che la Costituzione Federale, così come la lettura costruttivista del diritto processuale. Ci dovrebbe essere una lettura delle norme procedurali costituzionali e della lettura / metodo costruttivista del formalismo-valutativa consentito, al fine di assumere, per quanto auspicabile, lo scopo e le motivazioni della sua metodologia.

L'obiettivo, invece, è quello di individuare e testare il progetto di codice di procedura civile, in relazione alle tecniche di tutela, con le assunzioni incluse in anticipo e individuare se c'è parallelo tra il paradigma costituzionale, valori sociali e gli strumenti normativi a disposizione del giudice, e in che misura tale coordinamento può essere eseguita.

PROGETTO DI CODICE DI PROCEDURA CIVILE – FORMALISMO-VALUTATIVO – COSTITUZIONE FEDERALE – MISURE DI SODDISFAZIONE DI DIRITTO – METODO COSTRUTTIVO – COLLABORAZIONE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PARTE I	
A NORMA JURÍDICA NO LIMIAR DO PROCESSO	
1. O direito processual e a epistemologia.....	9
2. A norma jurídica na pós-modernidade.....	23
3. Da estrutura morfológica das normas processuais.....	27
4. Da estrutura semântica das normas processuais.....	37
5. Contributos filosóficos para construção e controle da norma processual.....	44
PARTE II	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TUTELA JURISDICIONAL	
6. Paradigmas Metodológicos: as denominadas fases do processo civil.....	66
6.1 O momento atual: o denominado formalismo-valorativo	76
7. Procedimento e processo.....	86
8. A técnica e seu papel no processo.....	90
9. Tutela Jurisdicional e a técnica do procedimento.....	94
10. O devido processo legal e o formalismo contemporâneo.....	106
11. Valores em choque no formalismo-valorativo: efetividade vs. segurança.....	113
PARTE III	
TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O FORMALISMO-VALORATIVO	
12. Do velho ao novo: os códigos de processo civil, panorama de <i>lege lata</i> e tendências.....	122
13. Técnicas e formalismo-valorativo.....	149
14. Novas técnicas e formalismo-valorativo: exemplos ilustrativos.....	163
14.1 Generalização da mandamentalização nos provimentos condenatórios?...	165
14.2 Plasticidade das normas procedimentais na efetivação de tutelas?.....	169
14.3 Nomeação de interventor ou administrador.....	176
14.4 Confrontamentos finais das novidades em face do paradigma estudado....	179
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	182
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido envolve a análise das técnicas de efetivação de tutela jurisdicional, sob um enfoque evolutivo e crítico, conforme proposto no projeto do código de processo civil brasileiro veiculado através do projeto de lei do Senado nº 166/10, cujo texto substitutivo foi aprovado em comissão especial na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/10, e que segue agora para análise em plenário.¹

A hipótese lançada é confirmar se as técnicas de prestação de tutela jurisdicional contidas no projeto de código de processo civil estão em harmonia com a Constituição Federal, com os paradigmas filosóficos e hermenêuticos e com o desenvolvimento atual içado na compreensão do processo civil.

Dentre os objetivos do trabalho está apresentar a epistemologia do novo processo civil, inaugurada pela Constituição democrática de 1988, nos exatos termos em que defendido pela escola de processo civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e já difundida por outras plagas, sob os auspícios dos trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Em apoio à empreitada, não se prescindirá de abordar o instrumento molecular de trabalho do operador do direito, o mínimo deôntico, que é a norma jurídica, dentro da estrutural montada no processo, apresentando suas diversas categorias, combinações e efeitos, de modo que sejam retomadas as premissas básicas de teoria geral do direito na forma aplicada em relação ao processo civil.

Para tanto, deve ser construído um diálogo entre a os pressupostos culturais, filosóficos, hermenêuticos e gnoseológicos das ciências do espírito, com enfoque desde a menor partícula, a norma, em direção ao processo, às exigências de direito material e ao papel das técnicas de tutela nesse conjunto.

¹ Conforme recentemente noticiado em mídia nacional, em votação datada de 17.07.2013, v. <http://www.oabrij.org.br/noticia/81393-Comissao-especial-da-Camara-aprova-parecer-do-projeto-do-novo-CPC>

Adotam-se como premissa, e isso ficará claro na Parte II da monografia, as lições das obras doutrinárias vinculadas ao formalismo-valorativo.

Por isso, como metodologia básica de trabalho se valeu o labor, como medida consensual, de reprimatizar as lições clássicas, aliando-se a uma visão sincrética e multicultural do processo, com apoio nos pressupostos do formalismo-valorativo, que também são apresentados ao longo do texto de maneira difusa.

Não se pôde perder de alcance o impacto que joga a carga dogmática e de teoria geral do direito sobre a leitura do projeto de código de processo civil, engendrado em contexto sócio-cultural que também se buscará situar, para que se possa entender as raízes e as bases fundantes.

Por fim, verificado o direito positivo *de lege ferenda*, são realizados apontamentos e reflexões à luz do enfoque traçado em todo texto.

PARTE I
A NORMA JURÍDICA NO LIMIAR DO PROCESSO

1. O DIREITO PROCESSUAL E A SUA EPISTEMOLOGIA

O século XX testemunhou o nascimento de uma nova epistemologia na abordagem do Direito enquanto objeto de trabalho e produto das relações do homem.

O direito processual não está infenso às tribulações e ao desenvolvimento do pensamento dogmático na teoria geral do direito. Ao revés, observa-se estreiteza invulgar entre a teoria geral do processo e a teoria geral do direito.

Nas palavras de Fredie Didier Junior

A teoria geral do processo é um excerto da teoria geral do direito. É, por isso, uma disciplina filosófica, especificamente epistemológica. Trata-se do ramo da epistemologia do processo dedicado à elaboração, organização e articulação dos conceitos jurídicos processuais fundamentais (conceitos lógico-jurídicos processuais).²

Sobretudo no pós II Guerra Mundial, a partir da pré-compreensão de que a dignidade da pessoa humana erigia-se como eixo central de toda e qualquer aplicação e interpretação das normas constantes do sistema jurídico, vislumbraram-se alguns fenômenos absolutamente interdependentes, que influenciaram as pré-compreensões normativas.

De um lado, as Constituições deixaram de ser entendidas apenas como documentos de organização institucional do Estado de Direito, trazendo para seu corpo normas jurídicas que protegiam o cidadão, em seus direitos fundamentais, porquanto titulares de dignidade. Traziam uma resposta à sociedade universal contra os horrores da guerra, que não poderiam mais ser tolerados com base em sentimentos de (in)justiça assépticos e sectários.

² DIDIER JR., Fredie. O ensino da teoria geral do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 381-394, abr. 2012, p. 382.

Do ponto de vista da aplicação do direito, tais normas, como veículos de estados de idéias, que somente no caso concreto, em geral, m ter definido seus conteúdos, estavam revestidas de alto grau de generalidade e abstração, característica típica das normas principiológicas.

A superação do caráter programático dos princípios data de não muito mais que cinquenta anos. Dizia-se, em tempos passados, que “argumenta com princípios aquele que não tem o bom direito”.

Com efeito, Bonavides identifica em Vezio Crisafulli, há aproximados cinquenta anos, as balizas da função normativa primária dos princípios

Se os princípios fossem simples diretivas teóricas, necessário seria, então, admitir coerentemente que em tais hipóteses a norma é posta pelo juiz e não, ao contrário, por este somente aplicada a um caso concreto. (...) Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada, como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determina e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo.³

A maneira de conjugação dos princípios difere abruptamente da hermenêutica das regras, exigindo dos consorciados jurídicos um esforço interpretativo não solipsista. Abre-se então o direito para a sociedade, prestigiando-se o papel do debate de idéias na construção de significados. Os princípios ganham foro de normas, e não de pautas, e ganha vida a própria teoria dos princípios.

E, por fim, como forma de garantia da preservação e da autoridade das normas jurídicas portadoras de direitos fundamentais, desenvolveu-se a idéia da supremacia absoluta da Constituição, bem como se instituíram mecanismos de controle de constitucionalidade das normas jurídicas concretas e individuais, de modo que todos os ramos do direito passaram, em maior ou menor grau, a ser policiados por uma estrutura de poder estatal apta a eliminar do

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

mundo jurídico as normas desviantes dos princípios e garantias fundamentais inseridas na Constituição.⁴

Como escreve José Adércio Leite Sampaio sobre os predicativos e consequências do processo de ascensão constitucional

A normatividade da Constituição foi um dos mais revolucionários processos da história do direito, possibilitando uma renovação constante da fonte constituinte por meio de releituras constitucionais e abrindo decisivos espaços para a auto-referência jurídica.

(...)

A força irradiante da Constituição não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados (ou fragmentos) de norma, numa espécie previsível de auto-alimentação construtiva, mas se projetou para dentro do sistema jurídico, revisando o seu sistema de fontes e reestruturando continuamente seus pilares deontológicos, sobretudo por meio da subtração da autonomia e privilégio concretizante do legislador ordinário, deslizando, em consequência, a primazia (ou a palavra última sobre o sentido da palavra constitucional) em direção ao judiciário contra os prognósticos modernos.⁵

Eis o retrato, então, de uma nova concepção de jurisdição, voltada para a aplicação do direito ao caso concreto, e também para a preservação, dentro do subsistema do direito processual civil, dos direitos e interesses fundamentais das partes. Eis uma das razões pelas quais Nicola Picardi acusa os tempos atuais de serem vocacionados para a jurisdição.⁶

Não se pretende, em atitude passional e que ultrapassa o mister do glosador, criticar ou recriminar epistemologia com o que o direito processual foi manietado em cada um dos períodos precedentes, e que deu gênese às diversas normas atinentes à entrega da tutela jurisdicional e às técnicas empregadas para satisfazê-la.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 33, set. 2005. <Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>. Acesso em: 3 ago. 2011.>

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *In A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 200.

⁶ PICARDI, Nicola. *A vocação do nosso tempo para a Jurisdição*. Jurisdição e processo (org. e trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Gustavo Tepedino acertadamente opina sobre a inconveniência de “qualquer tomada de posição quanto às fontes do ordenamento desprovida de uma prévia análise do momento histórico em que se insere o jurista”. E acrescenta que “não há correntes hermenêuticas que possam ser avaliadas fora do seu tempo”.⁷

Para testar sua hipótese, relata que, superado o autoritarismo, o próprio

[...] positivismo pode se constituir em sólida garantia da promoção da pessoa humana contra costumes muitas vezes retrógrados que tendem a reproduzir as desigualdades constituídas ao longo do tempo, a partir de hegemonias econômica e social que, não fosse a norma jurídica, imposta através do Estado democrático e interventor, jamais se alterariam.⁸

Decerto há no atual momento da dogmática brasileira festejados trabalhos que acenam para a proeminência de um enfoque principiológico, construtivista, das normas de estrutura e nas normas de conduta do direito processual civil, dentro de um denominado formalismo-valorativo mote condutor e linha metodológica de abordagem da fenomenologia processual na sociedade constitucional.

O Direito, enquanto objeto de estudos da ciência do direito, em que galga importante papel a dogmática e a glosa, não tem mais a pretensão de completude e univocidade que detinha sob o paradigma racional positivista.

Enquanto do ponto de vista histórico e sociológico o mito da onipotência do Direito positivo ruiu a partir do fracasso do projeto de sociedade moderna, do que são emblemáticas e sintomáticas as duas grandes guerras mundiais, do ponto de vista do conhecimento a filosofia da consciência perde seu papel de destaque diante da filosofia da linguagem e das ciências do espírito.⁹

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. *In* Temas de direito civil (org. Gustavo Tepedino). 2a. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-54, 2001, p. 41.

⁸ *Id. Ibid.*

⁹ Kant até hoje, com a sua trilogia das “críticas”, é tido como um marco divisor, trazendo a filosofia da consciência para o centro dos debates sobre a ontologia (“o que é”) e gnoseologia (“o que se pode conhecer”), influenciando o jusnaturalismo e o racionalismo que os sucederam. Somente a partir do séc. XX a abordagem lingüística da ontologia e da gnoseologia passaram a fazer parte do das ciências sociais e do direito.

Em Platão o ato de conhecer o direito-objeto pressupunha a consciência da relação entre sujeito-cognoscente e objeto-cognitivo. A linguagem tinha a função de ponte entre o sujeito e o objeto. A relação do sujeito com o mundo era anterior a qualquer formação lingüística, cujo papel era simplesmente reflexivo e unívoco. A linguagem era instrumento de representação do conhecimento do direito, e não condição para esse conhecimento.¹⁰

O denominado giro-lingüístico, alicerçado nas idéias de Wittgenstein e no seu *Tractatus Logicus-philosophicus*, alterou o eixo central da filosofia do direito, porque lhe acrescentou a idéia de que o mundo apreendido pelo direito não existe. Como afirma Aurora Tomazini de Carvalho, o ser humano só conhece o objeto cognitivo quando pré-constitui ele em seu intelecto, de modo que todo ato de conhecimento é constitutivo do objeto, e não declaratório, implicando uma construção mental que só é possível mediante representação lingüística, ainda que mental.¹¹

Ricardo Guibourg reforça ser a linguagem sempre um instrumento para tratar com a realidade, aduzindo que tratar com a realidade é aproveitá-la, modificá-la, disfarçá-la ou adaptar-se a ela, o que pressupõe, antes de tudo, conhecê-la.¹² A realidade, segundo uma máxima fundamental da gnoseologia, não é um dado, mas um construído.

Adverte Eduardo Couture, em bonita metáfora, que “Toda linguagem é espacial e temporal. As palavras pertencem à terra e, além disso, nascem, desenvolvem-se, debilitam-se e morrem.”¹³

Fazzalari acrescenta que a teoria das formas procedimentais, e nisso reside a importância para a previsibilidade do direito-objeto, tem papel dúplice: é um ponto de chegada mas também um meio de prosseguir na fixação das normas, e portanto “além dos sinais e

¹⁰CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). Tese. Orientador: Paulo Barros de Carvalho. Pontfícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, 26.

¹¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 27.

¹² Tradução livre de excerto de GUIBOURG, Ricardo *et alli*. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 81.

¹³ COUTORE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 183.

conceitos comuns a todas, o jurista necessita de uma linguagem e de um aparato conceitual específico, sem os quais o seu discurso seria realmente impossível”¹⁴, daí porque “como em todas as atividades do homem, a de intérprete tem dimensão histórica: os resultados a que se chega derivam de dados contingentes, quanto se queira duráveis, nunca perenes, e são obtidos de maneira e em termos sujeitos, por sua vez, a mudanças”.¹⁵

Portanto, se a norma de direito positivo que disciplina o ofício jurisdicional de tutelar e conferir o gozo a um bem da vida consubstancia um dado da realidade, a linguagem do intérprete, *interpretando a linguagem do sistema jurídico*, conformará exatamente, à luz do paradigma adotado, o aproveitamento, a modificação, o disfarce ou a adaptação de certa norma geral e abstrata às vicissitudes do caso concreto.

Irrespondíveis as colocações de Calmon de Passos

Esse nexos entre pensamento e linguagem se faz presente em tudo quanto diz respeito ao conhecimento humano, seja ele perceptivo ou empírico, especulativo ou conceitual, imaginativo ou expressivo. O mesmo se dá tanto em nível de linguagem materna ou coloquial, meio de que nos valem para interagir no que se pode denominar de "mundo da vida", o mundo da espontaneidade da existência humana, quanto no particular do conhecimento científico, para o qual estruturamos linguagens especiais e artificiais. Pensamento e linguagem sempre fazem um e essa simbiose, por sua vez, estrutura o que chamamos de realidade. Não foge desse imperativo o direito. Diria, inclusive, que o direito, mais que outro qualquer saber, é servo da linguagem. Como direito posto, é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. Sendo assim, separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.¹⁶

¹⁴ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 58.

¹⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 59.

¹⁶ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 55, abril/2001.

Direito escrito não é unívoco de sentido para todas as situações e consoante o prisma de todos os sujeitos-cognoscentes. E normas não correspondem exatamente ao direito positivo-empírico. Aliás, o que é o direito, senão a idéia que se faça do direito positivo? É o sentido proposicional ordinário das palavras? E qual é a norma concreta e individualizada que sobrevém da interpolação de normas sobrepostas em relação de coordenação (normas de mesmo calibre eficaz) e subordinação (normas de diferentes graus de hierarquia)?

A relação entre significado-significante não é aleatória, e ao direito, como produto desse intercâmbio de pensamentos, não se pode conferir salvo-conduto para construções errantes de linguagem jurídica normativa. Lúcidas as novas advertências de Calmon de Passos

O Direito, e tenho me fatigado repetindo isto, não é um objeto da natureza, não é também algo produzido pelo labor ou pelo trabalho humano. O Direito se situa no mundo da ação e do discurso, da atividade especificamente humana pela qual nós, mortais ditos racionais e não determinados de forma absoluta, compelidos a optar, buscamos dar sentido e significação ao nosso agir. Conseqüentemente, o Direito é um espaço em que utensílios, ferramentas e máquinas são de quase nula relevância, ou seja, em que os instrumentos valem quase nada, ou se de meios, no sentido de instrumentos, quisermos falar, teremos que conceituá-lo de modo totalmente diverso daquele utilizado em nível de interação do homem com a natureza. Dar ao mesmo vocábulo sentidos tão radicalmente contrapostos é incidir em graves riscos de incomunicabilidade e ambigüidade, donde bem mais sensato eliminarmos esses inconvenientes, evitando transposição de termos quando é de todo impossível transpor-lhes, também, a significação. Esquecermos disso será produzirmos resultados perversos na convivência humana, geradores de retrocessos intoleráveis.¹⁷

O pensamento é linguagem, e o pensamento sobre direito é linguagem, bem como sua manifestação, e o pensamento que interpreta linguagem-objeto também é linguagem. A dogmática jurídica é sobredireito: é interpretação do direito escrito, linguagem que é, e também é linguagem. *Nenhum desses processos pode ser errante e desacompanhado de uma base epistemológica segura e de paradigmas metodológicos.*

O mundo é incomensurável porque incompreensível pela consciência humana, já que impossível se individualizarem todos os acontecimentos e circunstância que nele impactam,

¹⁷ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 55, abril/2001.

embora necessariamente as relações do direito com os demais subsistemas moldem a feição do direito enquanto sistema fechado.¹⁸ O processo, servil ao controle social dos conflitos, já é lembrado por Elio Fazzalari¹⁹, e vem a ser retomado por Dinamarco em trabalho de inestimável reviravolta na doutrina nacional.

Daí porque se diz que a compreensão é uma tarefa sem limites, que nunca termina; a penetração na essência daquilo que ladeia o mundo é um perene vai-e-vem. A própria filosofia denomina de círculo ou espiral hermenêutica a razão teórica, para se valer de uma categoria kantiana, que penetra no sentido das coisas que nos rodeiam (e o direito é uma delas) e, assim, reconstruem permanentemente seu sentido.²⁰

O direito-objeto, entretanto, ainda que fechado em um sistema próprio, tendo como menor parte das suas partes integrantes a norma jurídica (na dicção de Lourival Vilanova, é o mínimo deontico), não é estanque, e nem poderia, dada a premissa metodológica instaurada pelo pós-positivismo.

O que ocorre, consoante preleciona Tarek Moussallem, é que

a interiorização dos elementos, provenientes de outros sistemas, é filtradas por regras endógenas do próprio direito. Da mesma forma, a expulsão de elementos internos ao sistema. A repulsa de elementos internos ao sistema somente é repelida de acordo com regras do próprio sistema. Assim determinado fato só é juridicizado pelas regras de formação e transformação do direito positivo,

¹⁸ Niklas Luhmann expõe em seus trabalhos a tese de que a consciência humana não pode apreender a realidade do mundo dada a sua complexidade, de modo que os sistemas sociais, dentre os quais está o Direito, devem se fechar em suas realidades “auto-poiéticas”, operando a construção da sua própria realidade e distinguindo-se do todo. O sistema, ao se segmentar, opera sua evolução, e somente se segmenta a partir das interconexões com os segmentos, acontecimentos e circunstâncias de outros segmentos. Assim evolui o Direito, produto que é do seu tempo. Esses elementos são culturais e ambientais. Para maiores esclarecimentos, v. NEVES, Fabrício Monteiro; NEVES, Clarissa Eckert Baeta. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos sistemas sociais. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 15, p. 182-207, jan/jun, 2006, p. 192-193. Para aprofundamento sobre a teoria dos sistemas: LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais. Lineamentos para uma teoria general*. Madri: Anthropos, 1998.

¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual* (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, pp. 120-121. O autor italiano cita extensa bibliografia que traz, para dentro do processo, as preocupações e as implicações sociológicas do processo, citando expressamente o ineditismo do trabalho do professor das arcadas, Candido Rangel Dinamarco.

²⁰ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, pp. 50-51.

porquanto tanto a admissão de elementos exteriores quanto a exteriorização de elementos internos estão submetidas à purificação do próprio sistema.²¹

A metodologia da abordagem da dogmática jurídica não se prende a uma metafísica racional, como pretendia o iluminismo moderno, que culminou nas grandes codificações levadas a efeito no século XIX e início do século XX, tampouco serve de aparato de suporte para o positivismo legalista, que subordinou o conhecimento da realidade jurídica à lei em sentido estrito, alheando-a da filosofia e da sociologia²², em um cientificismo purista que buscava aproximar os métodos de estudo da ciência do direito ao método das ciências naturais.²³

Naturalmente, pois, surgem dificuldades de compreensão de um objeto-cognitivo - as leis de processo, codificadas sob um paradigma positivista e racionalista - à luz do paradigma pós-moderno, cujo método de abordagem é justamente a ausência de um só método que seja auto-suficiente, exclusivo e excludente.

A epistemologia contemporânea de abordagem da norma, enquanto objeto de estudos de ciência, adota o virtuosismo da auto-inflexão, ou autocrítica, daí dizer Boaventura de Sousa Santos que “ao contrário, a ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por [todas] elas.”²⁴

Vivenciam-se novos ares, e à dogmática jurídica processual já não passa mais despercebida a idéia de que toda compilação de idéias sobre determinados institutos técnicos, como o são as técnicas de efetivação de tutela judicial, carece de coordenação, de contextualização, de justificação e do resgate interpretativo-operativo do Direito.

Como situa Hermes Zaneti Junior, após referenciar os trabalhos pioneiros de Galeno Lacerda e Pontes de Miranda

²¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, p. 53.

²² BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, v. 2, n. 2, p. 46-71, maio/ago 1988, p. 52.

²⁴ *Idem, Ibidem*, p. 71.

(...) o que ainda falta no direito processual (para projetá-lo em seu real valor de instrumento democrático) é a filosofia, que lhe foi totalmente subtraída no limite do século passado, quando chegou o instrumento ao cume da técnica (Código de Processo Civil de 1973). Não qualquer filosofia, não do discurso abstrato, mas a filosofia do “pensar certo” (contextualizar, problematizar, agir). Tem-se o compromisso de resgatar o pensamento jurídico autônomo, uma doutrina processual brasileira com pretensão universalista.²⁵

Giuseppe Chiovenda, nos albores do século XX, escreveu talvez a máxima mais repetida entre os juristas que o sucederam: “por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”²⁶

Já grassavam, ao seu tempo, as preocupações do ilustre jurista com a tutela jurisdicional, com a adequação e a congruência dessa tutela, bem como com a necessária efetivação, no plano dos fatos, do comando ditado pelo Estado-juiz.

Chiovenda revelava sua preocupação com a aptidão do processo para produzir resultados, no plano dos fatos, idênticos aos resultados prometidos pelo direito material e pela norma jurídica enclausurada no título executivo.

O momento histórico, no entanto, não era o mais indicado para as preocupações com os fins do processo. A jurisdição tinha por objetivo, até as hostes da constitucionalização do processo civil, definir a “justa composição da lide”²⁷ ou ainda a “atuação da vontade concreta da lei”²⁸, desinfluentes, ao menos imediatamente, a preservação e a realização de direitos fundamentais que derivam do que hoje se entende por devido processo legal, embora não possa ser desprezada a maior ou menor aptidão que uma ou outra regra processual, vigente à época, tivesse para favorecer interesses que se afinassem com o *giusto processo*.

²⁵ ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 267.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

²⁷ Asserção carneluttiana do objeto do processo.

²⁸ Asserção chiovendiana do objeto do processo.

O problema surge então a partir das demandas de direito material, coloridas de imperativa observância a partir da efetividade da tutela jurisdicional prometida pela Constituição, num ambiente em que o direito positivo processual, cuja fonte primária *imediata* é a lei procedimental, estava contaminado com a metodologia de construção de significados e de sentidos reinantes em fase positivista precedente.

Atualmente a polarização residiria na contraposição da realização dos interesses individuais das partes ou, contrário, na preferência pelo atendimento aos anseios comunitários.

Prosseguindo o raciocínio acerca das condições de fim do processo e seleção dos meios, razão parece estar com a Marinoni, para quem

[...] quando se afirma que a jurisdição tem o dever fundamental de tutelar direitos, se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutelar direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados.²⁹

Dessa forma, o juiz, atuando a jurisdição constitucional, deve controlar a constitucionalidade também da norma de processo, de modo a dar tutela aos direitos fundamentais, sem se descuidar da indispensável crítica metodológica que deve ter sobre os parâmetros de controle da sua decisão.

Diante dos desafios do direito contemporâneo de dar vazão eficaz à tutela de direitos dentro de um microsistema processual nascido em 1973, em confessada atualização do código de 1939, somente a partir de uma interpretação concretivista da legislação³⁰ poder-se-ia adequar

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 141.

³⁰ Atuação da lei conforme a Constituição, e não da Constituição conforme a lei: BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 26^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 481 *et seq.* Nesse sentido, também as lições de Streck: “O juiz tem o dever de aplicar a norma somente em seu sentido constitucional. Lamentavelmente, examinando a tradição jurídica brasileiro, é possível constatar a existência de um certo fascínio em torno do Direito infraconstitucional, ao ponto de se adaptar a Constituição as lei ordinárias..., e não o contrário! Enfim, continuamos a olhar o novo com olhos do velho...A constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro” cf. STRECK, Lênio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade

os antigos modelos processuais – que se afinam com os objetivos de conferir segurança ao jurisdicionado – com as exigências do direito material.

Essa conversão do direito veio acompanhada de intensas alterações da legislação no que tange às técnicas de efetivação, contaminando-as com cláusulas gerais processuais, que são instrumentos valiosos, embora transferidores de grande responsabilidade aos juízes, para adequação da tutela voltada para a norma de direito material ao caso concreto, bem como para a técnica utilizada para lhe dar cumprimento.

As advertências lançadas por Franz Klein, em 1900, permanecem absolutamente relevantes quando se propugnam mudanças no pensamento da construção de sentidos das normas processuais

Com nosso instituto sucede o mesmo que com quase todas as inovações do progresso humano. Em um primeiro momento resultam estranhas e em raro contraste com os costumes, e originam críticas violentas. Uma vez postas em prática e aperfeiçoadas, de imediato se tornam transparentes e indispensáveis e ninguém entende como as coisas puderam alguma vez funcionar de outra maneira.³¹

A abordagem formalista-valorativa não ignora que o processo civil é campo para participação democrática das partes na formação das decisões alocativas de poder: sentença e decisões incidentais, inclusive aquelas que visam a cominar a própria forma do cumprimento da tutela.

Não se pode abdicar, portanto, de segurança e de previsibilidade na efetivação das tutelas, visto que o processo civil também deve ser um processo civil do réu, e, dentro do seu escopo de pacificação social, um processo civil que mereça respeito e credibilidade por parte da coletividade alheia à lide singular.

da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 252.

³¹ Tradução livre da citação de Franz Klein extraída do prefácio da versão espanhola da obra CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte em el sistema de la oralidad*, parte primeira. Buenos Aires: Platense, 2002, p. 1.

As mudanças nas formas para o cumprimento de tutela – e foram muitas, seja no texto expresso do direito positivo infraconstitucional, seja por meio de interpretação, seja por criação dogmática e jurisprudencial – são bem-vindas, com as achegas de que devem respeitar a segurança.

Importa a meditação sobre a tolerância, sob os auspícios do acesso à justiça, em nível qualitativo, a um processo civil que apenas declare a vontade da lei. O direito material há de ser protegido de forma célere, completa, em espécie e sem delongas infundadas.

No entanto, tal proteção muitas vezes pilha outros interesses e princípios, de igual valia, montados sob a cláusula do devido processo legal. É justamente dentro dessa tensa dialética que reside a preocupação do trabalho, que, para além de intentar mostrar a evolução das técnicas e das concepções de tutela jurisdicional, deve atentar para que se divulgue a importância do método interpretativo construtivista na criação de parâmetros razoáveis e seguros para se imaginarem técnicas que, cada vez mais, estão embaralhadas no código de processo civil, dentre elas as astreintes, o *contempt of court*, o poder de admoestação penal, a concessão de eficácia executiva *lato sensu* a provimentos oriundos de declaração substancial que classicamente não a detinha, entre outros.

Em síntese, o trabalho a ser desenvolvido buscar situar o paradigma formalista-valorativo no substrato do eixo central do processo civil moderno – a tutela jurisdicional³² - coordenando-o com as técnicas de tutela para efetivação do direito material, descortinando, tanto quanto possível e necessário, a evolução do tema na dogmática, sem abortar as aspirações zetéticas e prognósticas, apontando as tendências atuais na operação do direito positivo.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 54 - 81, 1996, p. 55. O livre-docente das arcadas reporta ainda que a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar a vocação institucional do sistema processual, nem de atingir os êxitos que dele se espera, daí erigindo-se a preferência de órbita em torno da tutela jurisdicional, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que se realizam no processo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

Dignas de registro, por representar um ideal de todo e qualquer pesquisador que se debruce sobre objeto cognitivo no qual se colham informações em alguma medida arbitrárias e errantes, as lúcidas advertências de J. J. Calmon de Passos

Precisamos distinguir duas coisas perfeitamente caracterizadas: o princípio de que cada caso concreto é um caso, e a vida, com suas exigências, precede os princípios dogmáticos – o que é verdade a ser constantemente lembrada, e a necessidade de se colocar o jurista parâmetros de teoria geral que lhe disciplinem o raciocínio, liberando-o do puro emocionalismo – o que também é exato e imperativo. Casuismo, para nós, é a decisão desprovida de embasamento teórico sério e aceitável, violentadora, sem prudência, dos cânones da dogmática jurídica, assentando apenas, ou primordialmente, nas paixões que informam o sentir do julgador.³³

Portanto, as exigências práticas da realidade devem e podem ser estudadas e catalogadas segundo os ditames da dogmática, e sempre que necessário em visão crítica, conformando um saudável círculo zetético.

A Teoria geral do direito é uma parcialização metódica do conhecimento jurídico, é “um nível de gênero supremo, mas ainda no interior do conhecimento jurídico da Ciência do Direito”, como afirma Lourival Vilanova.³⁴

Dessa forma, embora a epistemologia do processo não se explicita em boa parte dos comentários, pode se identificar o interesse epistemológico na circunscrição das escolas doutrinárias do processo através do tempo e suas relações com o contexto que lhe é externo.³⁵

O estado da arte deve ser apresentado, e é o que se visará realizar nos capítulos que se avizinham, mas também devem ser apresentados os problemas e as crises vividas pelo direito tutelar, com as aspirações sociais que asfixiam o processo, buscando realizar o *link* entre o direito, os paradigmas, a lei escrita e a interpretação. A questão da referência assume tamanha

³³ CALMON DE PASSOS, J. J., O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, p. 47-69, mar/1984, p. 48.

³⁴ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Para uma epistemologia do processo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, 1988, pp. 197-198.

importância que Goffredo Telles júnior enunciar que “sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento”.³⁶

O que se intenciona é justamente situar cada uma das fases da epistemologia de estudo do direito infraconstitucional no que tange às técnicas de efetivação de tutelas civis, a partir dos influxos dos elementos que interagem com o direito positivo, caudatário de uma herança positivista, sintonizando interpretação e aplicação das normas de processo civil, as normas de poderes e deveres do juiz e das partes atinentes à tutela jurisdicional, e os auspícios pós-positivistas.

Para Willis Guerra Filho novamente releva questionar a finalidade do processo, o que é precedente indispensável para que se aborde o problema da eficácia ou efetividade dos resultados do processo, redarguindo o autor que se apresenta como questão essencialmente epistemológica a metodologia a ser aplicada para tratamento do processo e suas questões.³⁷

2. A norma jurídica na pós-modernidade

A norma jurídica é o mínimo irreduzível deontico do direito-objeto.

A definição de norma jurídica, a rigor, como bem assente em estudos de semiótica, é conceito plurívoco e vago. É dotado dos predicados de vagueza e ambiguidade.³⁸ Como bem esclarece Tarek Mossallem, com apoio na doutrina de Paulo Barros de Carvalho, há que se discernir entre enunciado prescritivo e norma jurídica.

³⁶ TELLES JR, Goffredo *apud* CARVALHO, CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). Tese. Orientador: Paulo Barros de Carvalho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 33.

³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Para uma epistemologia do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, p. 200, 1988.

³⁸ GUIBOURG, Ricardo et alli. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

O primeiro deles é o produto da intecção das enunciações (fonte de direito), que dá gênese a conteúdos frasais sem significação deôntica que se baste, porque permanece órfão de agrupamento com outras unidades de mesma índole.

Já a norma jurídica representa uma unidade completa de significação deôntico-jurídica, composta de um ou variados conteúdos ofertados pelos enunciados-prescritivos. Enquanto o enunciado prescritivo advém da estrutura sintática do direito positivo, a norma é a significação lógico-sintática da formalização linguística do direito positivo.³⁹

Gregorio Robles, a seu turno, define “como uma proposição linguística, pertencente a um sistema de proposições que expressa um ordenamento jurídico, dirigida (por seu sentido) direta ou indiretamente a orientar a ação humana”.⁴⁰

Em suma, a norma jurídica é, sim, uma unidade ôntica, a menor das unidades integrantes do sistema do direito positivo. Entretanto, pode ela ser vista sob diversas facetas, seja estrutural, seja semântica, seja ainda pragmática.

Conclui Tarek Moussallem

Claro está que a norma jurídica não é a oralidade, nem a escrita, nem o ato ilocucionário, nem somente a proposição, nem somente a forma lógica. [...] a norma jurídica, em sentido estrito, é a significação deôntica, completa, articulada entre esses elementos (semântica) e estruturada na forma lógica do condicional (sintática), resultado do uso prescritivo da linguagem (pragmática).⁴¹

Para o filósofo lusitano Castanheira Neves, o direito (objeto da ciência) é dotado de complexidade estruturalmente organizado. Na sua pena

(...) o direito vai aqui entendido simplesmente como um sistema de normas legais, normas que se prescrevem e se comunicam na linguagem em que constitutivamente se manifestam, e assim numa autonomia objectiva-linguística – o que nos permitirá falar de um positivismo linguístico-jurídico – a realização

³⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, p. 104-105.

⁴⁰ ROBLES. Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, p.11.

⁴¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, p. 109.

do direito nos casos decididos que o solicitem concebe-se, por seu lado, como a aplicação dessas normas, linguisticamente objectivadas e autónomas, segundo um modelo linguístico-analítico e lógico-dedutivo de fundamentação. Modelo que terá no pensamento analítico as suas condições culturais, epistemológicas e políticas de possibilidade: no racionalismo linguístico, na neutralidade prática e no objectivismo semântico dessa pensamento a possibilidade, respectivamente, do dedutivismo da decisória aplicação do direito, da estrita obediência à lei (às normas legais) e de uma interpretação semânticas das mesmas normas legais que permitiria obter as premissas lógicas para aquela dedutiva e obediente aplicação.⁴²

A resultante das forças da interpretação jurídica é que consubstancia a norma jurídica, encerrando um fenómeno linguístico de interpretação, a qual pode ser encarada isoladamente como problema de tradução de uma linguagem fática em outra prescritiva e vice-versa, o que demanda um estudo de uma gama de critérios para formulação de mecanismos para a boa tradução, conjugando-se fatores de ordem lógica, histórico-social e ideológica.⁴³

Já resta superada a concepção racionalista positivista-legalista de que a norma jurídica, seja processual, seja material, tenha carácter geral e abstrato, e a aplicação do direito no caso concreto resulte de simples trabalho subsuntivo do intérprete. É norma jurídica geral e abstrata aquela encontrada no ordenamento que detenha esses atributos, e também é norma jurídica aquela que resulte da intersecção entre as necessidades do caso posto à avaliação e as normas jurídicas gerais e abstratas invocadas pelo intérprete (lei, princípios gerais, jurisprudência, ou qualquer outra fonte de direito).

Robles relata que, ao longo do século XX, foi-se superada a concepção homogênea das normas jurídicas, tipicamente kelseniana, que reduzia o sistema jurídico à teoria da norma, entendida como juízo hipotético ligado a uma sanção. Atualmente, a partir dos estudos de Alf Ross e Herbert Hart, vai ganhando primazia a teoria heterogênea, estremando-se as normas por suas qualidades funcionais e linguísticas (verbo). Nesse passo, a norma só tem vida a partir do todo que constrói o sistema jurídico, o qual é uma reconstrução imediata do ordenamento jurídico, a matéria-prima bruta da norma. O direito, assim, seria uma unidade complexa de

⁴² NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 155-156.

⁴³ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Para uma epistemologia do processo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, 1988, p. 201.

sentidos, cujos componentes só podem ser investigados em conexão recíproca no sistema. Daí a sua extrema complexidade.⁴⁴

É essa faceta da norma jurídica, produto da interpretação do intérprete, que guarda relevo para o estudo dos influxos dos paradigmas de direito sobre a tutela jurisdicional e as técnicas que lhe dão guarida.

Friedrich Muller não hesita em redigir que

Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem “significado”, enunciados não possuem “sentido” segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do “destinatário” e com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito.⁴⁵

O epílogo tem sua importância, fazendo-se lúcidas as palavras da Fazzalari, para quem “ao fim de todas as concepções do direito (normativas e sociológicas, descritivas ou preceptivas) está a norma, a regra de conduta, considerada vinculante. Em suma, convencionemos, a norma é o barro do nosso trabalho de ceramistas!”⁴⁶

Esse parcelamento da norma jurídica, presente em estudos de importantes filósofos do direito, é importante para fins de estudo da formação, modificação e extinção das normas jurídicas procedimentais que envolvem as técnicas executivas, auxiliando o intérprete na depuração e na visualização dos fenômenos processuais envolvidos.

⁴⁴ ROBLES, Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, pp. 14-15.

⁴⁵ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

⁴⁶ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 46.

3. DA ESTRUTURA MORFOLÓGICA DAS NORMAS PROCESSUAIS

A norma jurídica, dentre as quais se situa a norma processual, é naturalmente aquela que integra o sistema jurídico. Tal definição, no entanto, é tautológica e não parece ser suficiente para empréstimo à análise das normas processuais.

É a norma jurídica um juízo hipotético de valor sobre uma conduta, veiculada por um enunciado descritivo com função prescritiva?

Nesse sentido ôntico, em que prepondera a definição lógico-formal, tem-se que Von Wright confere ao modal deôntico (“dever-ser”) papel de relevo. Não encerra a norma um imperativo condicional (“se é A, então B), e sim um imperativo categórico (“se é A, então deve ser B”). A lógica empregada não é a lógica apofântica, suscetível dos valores binários de verdade ou falsidade, e sim a lógica deôntica, suscetível da validação ou não.

Sob o prisma estrutural, pode ser verificado que bastaria para a sua juridicidade a titularidade estatal da autoridade que a impôs.

Kelsen antevia a estrutura da norma jurídica dessa forma. E reputa jurídica a norma se cumprido requisito indicado na frase precedente. Porém crê na existência de normas não-autônomas, as quais sintaticamente não são compostas por um antecedente (juízo-hipotético) e um conseqüente normativo (sanção ou conseqüência).

Para Kelsen, as normas não-autônomas, ou fragmentos de normas, são aquelas que não estão ligadas a uma sanção, e para cuja juridicidade depende o seu envolvimento com uma norma autônoma, que contém um antecedente e um conseqüente normativo.⁴⁷ Como exemplo, cita exatamente as normas fragmentárias que conferem competência para produção de outras normas jurídicas (competência empregada no sentido de conferir poderes a pessoa para produção de enunciados prescritivos dentro do sistema do direito).⁴⁸

⁴⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49 *et seq.*

⁴⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 61.

Eduardo Couture entendia que as normas processuais seriam “potencial-necessariamente” normas jurídicas. Potencialmente porque o titular do direito lesado sempre poderia recorrer ao processo para fazer valer seu direito; necessariamente porque somente através do processo poderiam ter seus direitos satisfeitos coercitivamente. Vale dizer, ao que se depreende, que Couture é fortemente influenciado pelas lições kelsenianas ao dissertar sobre o tema em meados do século passado.⁴⁹ Dessa forma, apenas as normas de conduta, que são aquelas que estipulam deveres, obrigações, autorizações e proibições, constituíram normas do ordenamento jurídico.

As normas de processo em Kelsen têm por função condicionar a aplicação de um ato coativo estatal previsto em uma norma de conduta violada. São simples fragmentos, e não normas, o que aparentemente revela um *contraditio in terminis*.

Importante representante do realismo no Direito, Alf Ross afirma, em passo ainda tímido à frente, que todas as normas jurídicas poderiam ser reduzidas a dois grupos: as normas de conduta e as normas de competência. As primeiras prescreveriam uma certa linha de ação, enquanto as segundas dispõem que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta, de modo que uma norma de competência seria uma norma de conduta expressa indiretamente, representando uma diretiva aos tribunais.⁵⁰

Mais uma vez, nota-se que a descrição das normas de competência dependeria, ou estaria vinculada, às normas de conduta. Haveria uma diferenciação formal para Ross, e as normas processuais efetivamente constituíram normas autônomas, porém expressariam indiretamente normas de condutas.

Essa ausência de autonomia não se sustenta ante, por exemplo, a seguinte objeção lançada por Joseph Raz: “Em geral, uma norma está internamente relacionada com outra se a

⁴⁹ COUTURE, Eduardo. Interpretação das leis processuais. São Paulo: Max Limonad, 1956, pp. 156-157.

⁵⁰ ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: EDIPRO, 2000, pp. 57-58.

existência de uma é parte de uma condição suficiente para a existência da outra ou se o conteúdo de uma só pode ser completamente explicando fazendo referência a outra.”⁵¹

Ora, a relação entre as normas de processo e as normas de direito material não é de dependência existencial, e o conteúdo da norma de processo não pode ser explicado apenas quando cotejada com a norma de direito material. Tal relação redundaria num retrocesso de 200 anos, época em que ainda vingava a teoria civilista da ação, reproduzida extemporaneamente no conhecido artigo 75 do Código Civil de 1916.⁵²

Daniel Mendonça, em trabalho de inestimável valor, compila as posições dogmáticas sobre a natureza das normas processuais

Uma análise cuidadosa da literatura permite detectar posições muito diferentes, em suma, que poderiam ser agrupadas como se segue (Mendonça 1992, 123 e ss): fragmentos de normas (Kelsen), regras de obrigação indireta (Ross, Nino) padrões admissíveis (von Wright), a definição de regras (Hart e Bulygin) regras constitutivas (Ross) e disposições de qualificação (Hernández Marín). Essas idéias podem ser reduzidas a duas: prescritivistas e não prescritivistas; entre as concepções componentes do primeiro grupo (concepções 1, 2 e 3) há diferenças importantes, enquanto que entre as componentes do segundo grupo (conceitos 4, 5 e 6) as diferenças seriam mais suaves.⁵³

A distinção fundamental morfológica se coloca, então, no caráter prescritivista, que inclusive encerra um dos elementos conceituais do que vem a ser norma jurídica, na acepção tradicional / não prescritivista. Ou seja, se também seria norma jurídica aquela que, a despeito de faltante a consequência ou faltante a própria norma jurídica secundária (sanção), expressão

⁵¹ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 129. No original: “En general una norma está internamente relacionada con otra si la existencia de una es parte de una condición suficiente para la existencia de la otra o si el contenido de una sólo puede ser completamente explicado haciendo referencia a la otra.”

⁵² Código Civil de 1916: Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

⁵³ MENDONÇA, Daniel. *Exploraciones normativas*. México: BÉFDP, n° 44, 1995, p. 42. No original: “Un análisis cuidado de la literatura especializada permite detectar posiciones muy dispares que, en síntesis, podrían agruparse del siguiente modo (Mendonca 1992, 123 y ss): fragmentos de normas (Kelsen), normas de obligación indirecta (Ross, Nino), normas permissivas (von Wright), reglas definitivas (Hart Bulygin), normas constitutivas (Ross) y disposiciones cualificatorias (Hernández Marín). Estas concepciones podrían ser reducidas a dos: prescriptivistas y no prescriptivistas; entre las concepciones componentes del primer grupo (concepciones 1, 2 y 3) habrían diferencias importantes, mientras que entre las componentes del segundo (concepciones 4, 5 y 6) las diferencias serían más bien de matices.”

cunhada por Lourival Vilanova⁵⁴, terá independência estanque e função isolada no ordenamento jurídico.

É inegável que boa parte das normas do processo tem viés prescritivista, sendo normas de conduta. Assim, as regras que infligem pena pecuniária ao litigante de má-fé, ou ainda as regras que determinam a ausência de pressuposto recursal extrínseco da parte que interpõe o recurso de agravo no décimo primeiro dia do prazo recursal, inadmitindo-o, têm claramente natureza prescritiva, posto que estabelecem uma sanção à parte que descumprir um dever e um ônus, respectivamente. Porém é inadvertido também dizer que todas as regras de processo sejam prescritivas, sobretudo as regras de procedimento, das quais são espécie as regras que ditam as técnicas e regulam o cumprimento de tutelas. Não são.

Carlos Alchorrón e Eugenio Bulygin afirmam que as prescrições estabelecem proibições e deveres, enquanto que as segundas “regras” (definição dos autores para normas não prescritivistas) apenas definem. A desobediência das primeiras gera descumprimento, enquanto que o uso incorreto das regras não prescritivistas não é desobediência, mas mero desconhecimento da regra ou emprego.⁵⁵

Já Herbert Hart, explica Daniel Mendonça, conclui que as normas de julgamento não são enquadráveis na tipologia tradicionalmente atribuída às normas de condutas, prescrevendo obrigações ou proibições, mas têm por função definir as formas como se executam atos jurídicos e os limites dos poderes das autoridades normativas para realizar tais atos.

Como alertado por Mendonça, o primeiro grupo de autores elege como critério classificatório a tipologia deontológica da norma de competência. Vale dizer, as três primeiras posições não desalojam as normas de competência / julgamento do grupo de normas de conduta.

⁵⁴ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). Revista de Direito Público. São Paulo, n. 61, pp. 12-26.

⁵⁵ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 52-53.

Von Wright entende se tratar de normas de permissão, enquanto que Ross acredita serem normas de obrigação, e Kelsen entende se tratar de normas de obrigação / proibição imperfeitas, ou quase-normas de conduta, agregando às normas de competência / julgamento a natureza ontológica das normas de conduta, ao menos supostamente violadas.

Hart é enquadrado por Mendonça como um dos autores que reduz a norma processual à condição de norma definitiva de poderes normativos (caráter objetivo).

Somado a isso, não se pode também deixar de se antever o aspecto subjetivo das normas de competência, as quais definem e constituem (a ambigüidade é proposital, inexistindo contradição, mas complementação, entre as classificações citadas em 4 e 5) o poder regulativo das autoridades normativas.

Tal faceta, por outro lado, muito comumente atribuída às normas que atribuem poderes – normas de organização dos poderes do Estado e de atribuição de poderes privados (*e.g.* autonomia privada no código civil) – revela que normas de tal estirpe também são normas de competência, inseridas no grupo das normas secundárias de Hart.

Entretanto, a par de seus escritos⁵⁶, não se logra precisar se as normas de processo seriam normas de conduta e, se assim o fossem, se seriam normas permissivas ou de obrigação / proibição.

Bulygin e Mendonça afirmam, a reboque da opinião de Hart, que seriam as normas de competência conceituais, e não normas de conduta (imperativas ou permissivas), após se convencerem da verdade das objeções tratadas por Hart, dentre elas o fato de que o não exercício da competência prevista em norma não poderia se equiparar ao seu descumprimento. E o extravasamento da competência prevista em lei não acarretaria sanção, mas a nulidade do ato, o que não se amolda ao termo clássico das normas de conduta.⁵⁷

⁵⁶ HART, H. L. A., O conceito de direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, capítulo 5, *passim*.

⁵⁷ BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. Normas y sistemas normativos. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 58.

Emblemática a colocação desses autores: “A existência de dois tipos de conseqüências, sanção e nulidade, é sintoma da existência de (pelo menos) dois tipos de regras em direito.”⁵⁸

Nessa toada, pois, Hart, na leitura desses dois autores, entreviu que as normas de competência seriam uma modalidade estanque de normas jurídicas, normas conceituais, em oposição às normas de conduta.

Porquanto, as normas de competência e julgamento não são, em definitivo, normas de conduta imperativa, em que pese o fato de que existe uma gama razoável de normas processuais pertencentes ao grupo das normas de conduta.

Joseph Raz, com apoio em J. Searle, explica que a maioria dos jusfilósofos aceita a existência de duas formas sintáticas de normas jurídicas: as normas regulativas (ou normas de conduta) e as normas constitutivas, que criam novas formas de conduta, ações normativas, que elas regulam. Ou seja, as normas constitutivas criam novas formas de conduta, ao passo que as regras regulativas apenas regulam formas de conduta já existentes.⁵⁹

Tarek Moussallem acrescenta que os enunciados prescritivos podem tomar a forma de regras meramente prescritivas, regras qualificatórias, definitórias e técnicas, aduzindo que as normas de procedimento são criadas a partir das normas técnicas, as quais têm por estrutura não uma estrutura sintática imperativa, mas condicional ou indicativa.⁶⁰

Mas aduz à frente que a essas normas não é estranha a função deôntica, não estando infensas à lógica apofântica

Cumprе esclarecer que tais enunciados, embora apareçam na estrutura gramatical do indicativo, na forma canônica de definição ou ainda na forma de enunciado anankástico, são todos atos de fala deônticos implícitos, ou, em termos de teoria das classes, são todos subclasses da classe “dever-ser”. O

⁵⁸ BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. Normas y sistemas normativos. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 61. No original: “*La existencia de estos tipos de instituciones, sanción y nulidad, es sintoma de la existencia de (por lo menos) dos tipos de reglas en el derecho.*”

⁵⁹ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 124.

⁶⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, p. 110-115.

enunciado anankástico ou proposição anankástica figura como ato proposicional do ato ilocucionário denominado “regra técnica”.⁶¹

Onde residiria a vocação deontica das normas procedimentais, ou seja, a prescrição, o “dever ser” se voltaria para onde?

Gregorio Robles, citado por Tarek Moussallem, declina que o procedimento é uma regra, ou o conjunto delas, se visto agrupadamente, que estabelece o que o sujeito tem que fazer para realizar uma ação. E o condicional sintático, com apoio em Von Wright, traz no antecedente o fim almejado e o conseqüente faz referência àquilo a ser feito.⁶² É a relação condicional entre meios e fins que ilustra a ordem sintática de uma proposição procedimental.

Em outra obra, Robles se propõe a classificar as normas em indiretas, que estabelecem e qualificam os elementos do sistema, e diretas, que contemplam uma ação das partes.⁶³

Dentro desse grupo, tem-se as normas procedimentais (verbo ter que) e as potestativas (poder), no sentido de autorização para fazê-los, bem como as normas deonticas.⁶⁴ As normas de cumprimento de sentença são, ao mesmo tempo, normas procedimentais e potestativas.

Quanto às conseqüências funcionais e efeitos jurídicos, importante a análise das posições jurídicas subjetivas geradas pelas regras de procedimento.

Segundo Fazzalari, a partir da norma abstrata se constroem as normas concretas, as quais, em um esquema lógico (embora não cronológico, pois ambos fenômenos são simultâneos), dão ensejo a posições fundamentais de segundo grau: os direitos subjetivos, que são a ligação de um

⁶¹ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 115.

⁶² MOUSSALLEM, Tarek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 113-114.

⁶³ Ação, e não fato, porquanto somente ações podem ser objeto de regulação (poder, dever, ser). É a lição de J. Austin, no seu clássico *How to do things with words*, cf. ROBLES. Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, p. 81.

⁶⁴ ROBLES. Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, pp. 16-17.

objeto de comportamento descrito em norma ao sujeito, assegurando uma relação de proeminência-sujeição-dever.⁶⁵

Em escrito paradigmático para o seu tempo, acentua o autor a pluridimensionalidade do direito de ação, e justifica todas as posições jurídicas a partir da sua segmentação, registrando que a ação se apresenta como uma situação jurídica composta, ou seja, como a soma dos poderes, das faculdades e dos deveres dos atores no processo. E o procedimento, portanto, é a soma dos atos individuais e reduzidos à unidade do vínculo que coordena aqueles poderes, faculdades e deveres no procedimento, direta ou indiretamente, consequência de um e pressuposto de outro.⁶⁶

Fredie Didier registra que, na atual quadra de desenvolvimento da teoria do direito, se apresentam três espécies de direitos subjetivos: 1. os direitos subjetivos *stricto sensu*, geradores de uma relação prestacional, em que de um lado figura um credor, detentor de um direito, e de outro um devedor, sujeito a um dever; 2. os direitos potestativos, formadores de um direito-poder, em que de um lado está um sujeito titular de um poder jurídico e de outro alguém ou uma coletividade, definida ou indefinida, a quem cabe uma sujeição; 3. os direitos-deveres, categoria em ampla ascensão jurídica, decorrentes de uma situação objetiva deferida pelo ordenamento, quer tutelando os interesses de um sujeito determinado especialmente protegido pela norma (ex. os filhos e o pátrio poder), quer tutelando a coletividade (ex. poder-dever da administração de atuar visando atingir o interesse público e atender aos anseios da coletividade).⁶⁷

As normas do processo conferem qual dessas situações jurídicas às partes e ao juiz? Noronha, sem vacilar, alerta que “todos os poderes concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos seus órgãos e agentes, são direitos-deveres”.⁶⁸

⁶⁵ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 83.

⁶⁶ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 112. No original: “*Da questo culmine, l’azione si presenta come una situazione soggettiva composta, cioè come l’insieme dei poteri. Delle facoltà e dei doveri dell’attore nel processo; insieme individuato e ridotto ad unità (...) dal vincolo che coordina quei poteri, quelle facoltà e quei doveri nel procedimento, per esse ciascuno, diretta o indirettamente, conseguenza di un altro e presupposto di un altro ancora*”.

⁶⁷ DIDIER JR, Freddie. Pressupostos processuais e condições da ação. In DIDIER JR, Freddie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador, BA: JusPODIVM, 2008.

⁶⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 84.

Cavando em bases mais clássicas, Francesco Carnelutti, no seu Sistema, já afirma que o exercício de um poder processual pode ser, sim, um dever, transformando-se em poder vinculado.⁶⁹ A categoria, portanto, não é nova na dogmática, e vem sendo trabalhada pela doutrina há tempos. O fenômeno não é estranho aos administrativistas.

A compreensão sintática da norma processual revela que as normas de processo, em boa parte, revelam poderes e deveres, em muitos casos desautorizando a hermenêutica tradicional na aplicação da lógica deôntica dedutiva tradicional, já que, por serem não exatamente e isoladamente prescritivistas, conferem ao aplicador e intérprete do direito uma boa margem de liberdade no preenchimento do conteúdo dos poderes (juiz) e da extensão dos deveres (juiz e partes).

Em sua estrutura, muitos dos poderes e deveres dos juízes se assemelham aos direitos potestativas, embora muitos deles exijam a cooperação do sujeito passivo para seu aperfeiçoamento, à semelhança dos direitos subjetivos em sentido curto.

Enquanto os direitos subjetivos *strito sensu* têm finalidade egoística, satisfazendo interesses de seus titulares, os direitos-deveres se apresentam como prerrogativas. Fernando Noronha assevera que

O poder concedido é mero instrumento de uma finalidade que transcende o titular, mais que direito, é dever de agir, e dever limitado pela finalidade preestabelecida. O não exercício do poder-dever, por isso, pode implicar sancionamento do titular, hipótese que evidentemente está fora de qualquer cogitação a respeito de direitos subjetivos propriamente ditos.⁷⁰

São as regras de procedimento, assim, normas não prescritivistas, qualificadas por verbos no indicativo ou no condicional, vocacionadas a permitir que o juiz, com apoio das partes ou sem, determine que se faça ou que se abstenha de se fazer algo em função de uma finalidade específica vazada no sistema normativo.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

⁷⁰ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 83.

Os poderes do juiz e os deveres das partes e dos juízes (com a correspondente contrapartida), em sua grande maioria não podem ser encartados na órbita tradicional, civilista, que distingue os direitos subjetivos dos direitos potestativos, mas se afeiçoando à idéia reforçada por Didier de direitos-deveres, cuja inobservância por parte do juiz, na esteira das lições de Luigi Paolo Comoglio, representam vícios de procedimento, impugnáveis pelas vias normais recursais.⁷¹

Para Paula Costa e Silva, citada por Antonio do Passo Cabral, “os deveres, ônus e faculdades processuais, bem como qualquer outra posição jurídica no processo, somente existem por conta da qualidade que determinado sujeito possui ou na qual se encontra, não por causa de uma relação entre sujeitos participantes.”⁷²

Francesco Carnelutti, analisando a tensão entre as situações jurídicas das partes e do magistrado, registrou que “a harmonia e o equilíbrio do processo civil repousam exatamente sobre a antítese do poder-direito da parte e do poder-dever do juiz”.⁷³

Segundo Hermes Zaneti Junior, a teorização dos deveres-poderes, e a sua inserção dentro da compreensão das normas processuais, “exerce um papel decisivo na afirmação do modelo de racionalidade prática-procedimental de uma democracia deliberativa”.⁷⁴

Pressupõe-se que a faceta democrática do processo, contaminando a decisão do Estado-juiz a partir do poder de influência das partes no processo, justifique a legitimidade dos direitos-

⁷¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo civile in Italia e in Europa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, pp. 97-158, jul./ago. 2004. No original, o seguinte trecho tem o exato formato: “*Cessa, inoltre, di essere un mero potere discrezionale (che sia, come tale, incensurabile e insindacabile), ma si trasforma finalmente in un vero e proprio potere-dovere, il cui mancato esercizio potrebbe essere censurato dalla parte soccombente quale vizio in procedendo (o in giudicando de procedendo), deducibile nelle forme e nei limiti dei normali mezzi di impugnazione, la situazione del giudice (...)*”

⁷² SILVA, Paula Costa e Silva *apud* CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 165.

⁷³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 117.

⁷⁴ ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, pp. 155-156. O autor antevê os primórdios da serventia da teorização dos poderes-deveres nos escritos de Tocqueville acerca da democracia norte-americana (*idem, ibidem*). É Tocqueville que compila a idéia da democracia dos juízes, vendo amplos poderes políticos no exercício da jurisdição democrática americana, a começar pelo famoso *Marbury vs Madison*, v.HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven e London: Yale University Press, 1993, p. 52.

deveres (ou, como se queira, deveres-direitos, em atenção à finalidade pública) no momento da construção do significado das normas.

A contemplação da decisão jurídica sob os cânones democrático-deliberativos implica a observâncias de uma situação igualitária de fala, livre de coações, em que as partes envolvidas tenham a mesma aptidão linguística, idêntica capacidade para introduzir temas na agenda e que respeitem a decisão majoritária.⁷⁵

Exatamente daí se deflui a legitimidade da prática racional-procedimental, ou seja, o escopo legislativo (considerando aqui que a fonte primária tradicional do direito no *civil law* é a lei) é atendido não só com a vinculação do juiz à lei, mas também à justeza da sua decisão frente a provocação das partes, podendo ir além e aquém da lei, mas nunca do direito.⁷⁶

Tal compreender, na linha da teoria do direito, é fundamental e premissa para a compreensão do direito processual de resultados, e da intelecção das normas do direito positivo⁷⁷, dentro do paradigma do Estado Constitucional pós-positivista.

4. DA ESTRUTURA SEMÂNTICA DAS NORMAS PROCESSUAIS

Restou assente que no pós-positivismo se exige uma postura epistemológica distinta do intérprete da norma, e que a norma não é o enunciado prescritivo extraído do corpo do texto da lei, e sim a construção de sentido que o intérprete realiza, em linguagem deôntica, a partir da junção dos vocábulos da norma geral e abstrata, a fim de identificar a norma concreta e individual para o caso concreto.⁷⁸ Essa identificação, em Castanheira Neves, é o “momento nuclear” do

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista, p. 326.

⁷⁶ Importante referenciar a autoridade do legado do trabalho de Zagrebelsky, que denomina o direito nascido no corrente estágio metodológico da evolução humana de “derecho dúctil”, ou direito maleável, em tradução livre, no qual se intercalam e se mesclam a lei, o direito e a justiça como valores-fonte, de igual nobreza, na interpretação e aplicação do direito. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁷ Aqui entendido o Direito enquanto fonte, ou seja, diz respeito às fontes positivas do direito positivo, que necessariamente são fontes empíricas e não-metafísicas, circunstância em que sua antítese seria o direito natural, produto da intelecção, da descoberta, do divino, não sendo achado em dados preexistentes.

⁷⁸ A respeito do giro linguístico-hermenêutico e da construção do sentido das normas, vide introdução. Para maiores esclarecimentos, sugere-se a bibliografia seguinte: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria

direito.⁷⁹ Captando o fenômeno relatado e desenhando as suas bases causais se encontra a construção de Angel Castellanos e Gilberto Silvestre

O abandono do dogmatismo neutralizante, que reduz a análise do Direito à dimensão ontológico-normativa, traz a necessidade de reconstruir a idéia de norma jurídica para além de um comando ou tipo especial de prescrição deonticamente identificável em proibição, obrigação e permissão, focando-a, inclusiva, na sua axiologia.

(...)

A importância de tal atitude epistemológica não é apenas teórica, mas também e especialmente prática, pois conduz à aceitabilidade, à obediência e à justificação da norma jurídica num cenário social e técnico.⁸⁰

Rematam os autores, linhas adiante, que a importância prática da postura crítica e reflexiva se traduz na formulação de meios de aperfeiçoamento, de sugestão de hipóteses de inaplicabilidade e inclusive sua própria eliminação do ordenamento jurídico.⁸¹

A construção de significados deonticos é tarefa que cabe não só ao aplicador da lei, o Estado-Juiz, mas também às partes, que postulam em juízo o acolhimento do significado que entendem adequados aos seus interesses, o que o fazem mediante argumentação lógica, retórica e dialética.⁸² É dentro do discurso jurídico que se constrói, se descobre, se revela, se define a norma.⁸³

Para melhor compreender essa nova versão alçada pela jurisdição contemplada no seio do discurso neoconstitucionalista, faz-se mister dissertar, brevemente ao menos, sobre o que vem

tributária. São Paulo: Noeses, 2005; ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. Guibourg, *Lógica, proposición y norma*. 1ed. Buenos Aires: Astrea, 1983; CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). Tese. Orientador: Paulo Barros de Carvalho. Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009; CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

⁷⁹ NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 156.

⁸⁰ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A norma jurídica como razão para a ação. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 105, v. 403, maio 2009, p. 554.

⁸¹ *Idem, Ibidem*.

⁸² Vide infra, Cf. TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007.

⁸³ Não é objeto de estudo, embora se trate de tema palpitante e recheado de imbricações, a natureza constitutiva ou declaratória da norma de direito processual. Trabalha-se aqui com a premissa de que o direito (norma individuada) é um dado, e a função do intérprete é repeti-lo mas também construí-lo, reconstruí-lo e (des)construí-lo a todo momento, segundo os critérios e métodos ora apresentados.

a ser a denominada razão prática do direito enquanto instrumento para conhecimento do sentido das normas.

Para Jurgen Habermas a razão prática “trata da fundamentação de decisões entre possibilidades alternativas de ação.”⁸⁴ Seu conceito em Habermas é

a capacidade (*vermögen*) de fundamentar imperativos onde se verifique, conforme a referência à ação ou tipo de decisões a serem tomadas, não apenas o sentido ilocutório do “ter de” (*müssen*) ou do dever (*sollen*), mas também o conceito de vontade, que deve poder ser determinada a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente.⁸⁵

É o agir, ou seja, a tomada de decisão, o “ato de vontade”, orientado pelos fins da ação, ou seja, é o ato de vontade do intérprete orientado pelos fins da eleição do sentido do enunciado prescritivo vazado no texto legal.

Completa Joseph Raz com a ilação de que “as razões para seguir as regras não podem ser explicadas independentemente das próprias regras”, ou seja, “as regras de um jogo [no caso, das normas] são constitutivas para a sua própria validade”.⁸⁶

Segundo Habermas a razão prática apresenta, ou pode apresentar, uma resposta distinta a depender dos meios e dos fins que as alternativas da norma proporcionam. Distingue ele claramente as três espécies discursivas em função da prática: “O *terminus ad quem* de um discurso pragmático é a recomendação de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível.” E “O *terminus ad quem* de um discurso ético-existencial correspondente é um conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida.” Por

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e Liberdade*. Petrópolis: Vozes, pp. 288-304, 1993, p. 295.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e Liberdade*. Petrópolis: Vozes, pp. 288-304, 1993, p. 296.

⁸⁶ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 132. O texto de onde se extraíram os excertos, no original, é o seguinte: “[...] *las reglas de un juego son constitutivas de la razón para su propia validez, es decir, que las razones para seguir las reglas no pueden ser explicadas independentemente de las propias reglas.*”

fim, “O *terminus ad quem* de um discurso prático-moral correspondente a uma compreensão sobre a solução justa de um conflito no âmbito do agir (...).”⁸⁷

Na filosofia da consciência kantiana e neokantiana, a razão prática do conhecimento do objeto jurídico – norma – estava vocacionada à moralidade kantiana. O direito, nos albores do jusracionalismo, tinha ligação com uma metafísica puramente moral⁸⁸, que em Kant é universal e revela-se um imperativo categórico.⁸⁹

Kant deduziu o direito a partir de três delimitações: (a) o direito não disciplina a vontade livre, e sim o arbítrio; (b) considera apenas as relações externas entre as pessoas e (c) o direito tem por disposição a coerção das suas regras. Verifica-se nele, segundo José Pedro Luchi, “um espelhamento do nível moral no nível jurídico”.⁹⁰

Por isso é que a visão que subordinava o direito à moral, segundo Habermas, é uma visão pré-moderna. Para Habermas, os dois âmbitos são complementares.

Numa concepção pós-moderna, o sentido da proposição deve se apreendido de maneira dinâmica e multifacetada⁹¹, como pode ser verificada no âmbito pragmático, ético e moral, deduzidos a partir das três dimensões de discurso da razão prática infra-referidos. É que, segundo José Pedro Luchi, em fidúcia aos escritos de Habermas

Em contexto pós-metafísico, a eticidade tradicional, isto é, a base de valores e normas da sociedade, não é mais compartilhada, dado o pluralismo das formas

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e Liberdade*. Petrópolis: Vozes, p. 288-304, 1993, pp. 295-296.

⁸⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.

⁸⁹ Em Kant imperativos categóricos revelam valorações fortes, insubmissas de escolha por parte do indivíduo que compartilhe vida em sociedade, ao passo que os imperativos condicionais são recomendações simples, que se colocam em relações de causa e efeito, segundo preferências e metas pessoais individuais. v. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e Liberdade*. Petrópolis: Vozes, p. 288-304, 1993, p. 290.

⁹⁰ LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. In LUCHI, José Pedro(org.). *Linguagem e Socialidade*. Vitória: EDUFES, 2005, p. 122.

⁹¹ Cf. estudos de epistemologia, em uma sociedade pós-moderna, levados a cabo em SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, v. 2, n. 2, pp. 46-71, maio/ago 1988.

de vida. Daí que a moral e o direito dela se diferenciem, como âmbitos de ação que se complementam (FG, 135). A moral considera regras de resolução de conflitos válidas universalmente, para todos os homens de modo informal, enquanto o direito pressupõe que pessoas jurídicas reivindiquem direitos expressos em um código que assume também razões extra-morais, e que é atribuível a cidadãos de um determinado Estado, que poderão recorrer aos respectivos tribunais.⁹²

É bom que se alvitre que, em uma perspectiva estrutural, a norma não é uma ação em si, caso contrário revelaria um *ser [rectius: proposição descritiva]*. Apontam Angel Castellanos e Gilberto Silvestre que “uma norma jurídica é uma perspectiva do que deve acontecer socialmente, é um fundamento do que deve acontecer socialmente. Porém, esse fundamento tem teor axiológico e teleológico, e não o medo da sanção”.⁹³

Joseph Raz, na construção de sentido dos enunciados que circundam o(s) enunciado(s) prescritivo(s), esquadrinha uma filosofia normativa semântica baseada em duas características.

A primeira delas é que a norma é composta de uma parte substancial ou valorativa, incluindo argumentos constituídos para mostrar quais interesses devem ser perseguidos, quais razões devem guiar a ação a ser desenvolvida pelo direito.

A segunda reside na conceituação de valores, razão para ação, norma, e da natureza das regras de inferência que governam a prática jurídica.⁹⁴

O problema surge da irrecusável constatação de que a razão prática se moverá para âmbitos díspares dadas as circunstâncias e condições distintas em que se esteja postado o intérprete, as quais podem conduzir a resultados diferentes. E, mesmo em âmbitos idênticos de

⁹² LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro(org.). Linguagem e Socialidade. Vitória: EDUFES, 2005, p. 123. Destaca-se o uso do vocábulo composto extra-morais pelo autor, remetendo à idéia de que as normas de direito têm sua razão prática guiadas por outros critérios, que não o moral.

⁹³ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A norma jurídica como razão para a ação. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 105, v. 403, p.553-568, maio 2009, p. 563.

⁹⁴ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 12-13.

análise, pode haver duas ou mais respostas corretas, a depender da premissa, do método e das regras de reconhecimento que guiaram o intérprete.⁹⁵

Assim, surge talvez o mais importante elemento da gnoseologia da razão prática. Não se compraz com o mundo das coisas, com o paradigma científico pós-metafísico a verificação da razão prática das coisas, da norma jurídica, em postura solipsista.

Os critérios de julgamento sobre o bom, o moral e o pragmático não são universalizáveis. As regras de xadrez, conforme metáfora utilizada por Joseph Raz para explicar o sistema jurídico, valem especificamente para jogadores em ação, e não para todos, atingirem o seu objetivo. Não são boas ou ruins, falsas ou verdadeiras, mas sim regras do jogo, aceitas pelos participantes⁹⁶

A Chaim Perelman não passaram despercebidos os terríveis inconvenientes da utilização da razão prática de forma solipsista e universalizante

Na medida em que o filósofo se propõe a formular leis justas e julgar de acordo com elas de um modo imparcial, não para sociedades particulares e grupos de interesses particulares, mas para toda a humanidade, ele deve formular seus critérios, suas normas, suas leis e seus valores de forma que possam ser admitidos por todos, que a justificação que deles se fornece se fundamente em valores e regras que ele possa apresentar como universalmente válidas. Dá-se o mesmo com as provas e com as técnicas de interpretação utilizadas para reconhecer os fatos e aplicar as leis. É esse o sentido que poderíamos dar ao uso prático da razão, que fornece regras e critérios que podemos submeter à adesão de todos.

Mas, na medida em que tais regras não são necessárias, não se impõem por sua evidência irrefragável, mas são, antes, submetidas, como uma proposição razoável, à aprovação de todos, é necessário que todos aqueles a quem são dirigidas, que constituem a humanidade esclarecida, possam discuti-las, criticá-las e emendá-las. Uma razão prática que não se pretende apodictica, mas simplesmente razoável, deve, para não parecer despótica, abrir-se à discussão e ao diálogo.

(...) o regime democrático da livre expressão de opiniões, da discussão de todas as teses confrontadas, é o concomitante indispensável do uso da razão prática simplesmente razoável.⁹⁷

⁹⁵ Vide Parte II da monografia sobre os paradigmas.

⁹⁶ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 135 et seq.

⁹⁷ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 350.

A submissão das regras da colocação dos problemas, a discussão sobre a melhor maneira de se atingirem os fins preconizados pela norma, e os próprios fins que deverão prevalecer em cada espécie em exame, ou seja, os interesses mais dignamente protegidos pela norma em cada caso⁹⁸, e pelo ordenamento jurídico como um sistema de direito íntegro e completo⁹⁹, não de ser submetidos ao crivo de uma discussão pública, ou ao menos entre os interessados e afetados.¹⁰⁰

Vive-se sob o império da hipermodernidade, dos princípios, da imbricação do direito com a filosofia e os demais ramos do conhecimento humano. A convivência da justiça, enquanto sentimento, com a segurança, enquanto previsibilidade, calça-se segundo critérios diversos.

À jurisprudência dos interesses, na pós-modernidade, se agregaram parâmetros para além dos “fins e interesses” tutelados pela norma. Vive-se a jurisprudência dos valores, jurisprudência dos princípios e a jurisprudência dos problemas, os quais, conforme anota Paulo Bonavides, dão conta de melhor trabalhar com a tríade normativa – lei, princípio e valor – e dar relevância ao papel central e supremo das normas constitucionais.¹⁰¹

⁹⁸ A utilização do vocábulo “interesses” não é fortuita, e tem aqui afeição conotativa com o movimento dogmático que buscava, em linhas gerais, identificar o enunciado normativo de acordo com o aquele interesse que o legislador elegeu como digno de proteção pela norma, no que ficou conhecido como jurisprudência dos interesses e, na vertente norte-americana, jurisprudência sociológica. v. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, pp. 635-637. Entretanto, tal movimento, em conjunto com o positivismo jurídico renovado pelo Círculo de Viena é ainda incapaz de explicar a complexidade do fenômeno jurídico na pós-modernidade, visto que avança ainda timidamente na concepção hermética e fechada do direito positivo-legalista, dando respostas apenas pontuais, e não globais, para a abertura do direito a conteúdos imateriais. As composições citadas falham em formular uma teoria que supere o positivismo legalista sem, ao mesmo tempo, deixar para trás a composição teórica, a estrutura da norma, e a concepção de norma como ordens logicizadas ou juízos hipotéticos. V. MULLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43. A complexa teoria do professor da Universidade de Heidelberg será objeto de exposição mais detida. V. infra.

⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, *passim*. A norma como ordenamento de direito positivo e o sistema como vetor da interpretação e criação da norma, e não a norma como fonte, é trabalhada na obra de Canaris, expoente da escola alemã e aluno de Karl Larenz.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Ambas obras abordam, com profundidade, as implicações do contraditório na formação e criação da tutela judicial.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 284.

Exatamente esse é o ponto fundamental que distingue os critérios interpretativos ao largo dos séculos 19 e 20, calcados no positivismo racionalista ou, quando muito, em positivismo aferroado a uma argumentação que, embora abordasse elementos exógenos, não deixava de se basear em lógica apodítica, relegando a segundo plano o papel da retórica e da dialética processual.

Como dá notícia Paulo Bonavides, já na primeira edição de obra já clássica, nos idos de 1970, o constitucionalista português Gomes Canotilho anotava que a distinção entre uma e outra abordagem reside basicamente no método.

Enquanto a jurisprudência de interesses procurava apenas, através do sistema de valores, uma unidade integrante e ordenadora, a jurisprudência aberta de valores persegue medidas de relevância capazes de fiar uma unidade sistemática, entendendo-se o sistema não como um conjunto fechado e hermético, em nítida afeição à pandectística, mas sim aberto e flutuante, de natureza menos lógica e mais teleológica e circunstancial.¹⁰²

A questão da subsunção da norma, ou das normas, ao fato jurígeno, pressuposto da aplicação, envolve ainda o aspecto da lógica jurídica, isso é, em termos ordinários, o estudo das condições de subsunção do fato à norma.

5. CONTRIBUTOS FILOSÓFICOS PARA CONSTRUÇÃO E CONTROLE DA NORMA PROCESSUAL

Por obra dos cultores do positivismo jurídico e do legado histórico da dogmática pandectista, a filosofia prática ficou relegada a um aspecto de menor importância.

Dentro desse alcance, a teoria formal do direito e a dogmática, que resolvem problemas do direito possível e questões metódicas de interpretação de ordenamentos jurídicos

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 285. Para aprofundamentos sobre as classificações dos critérios e métodos interpretativos em coordenação com os paradigmas de direito, v. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

concretos, eximiram-se de considerações sobre justiça extra-sistêmica. Relegou-se o tema de justiça da decisão ao plano metajurídico, ao limbo da ideologia política.

As preocupações que o jusnaturalismo tinha com a justiça da decisão retornaram ao centro das discussões a partir do momento em que se passou a compreender que a teoria da decisão jurídica é resgatada ao epicentro das preocupações dos estudos atuais de teoria do direito. Não no sentido da estrutura formal do ordenamento jurídico, mas sim na produção do direito positivo por meio das decisões jurídicas que, em última escala, são decisões políticas.

Como visto, o rearranjo das prioridades na investigação do direito retoma as preocupações jusnaturalistas com a correção da decisão, agregando assim a filosofia prática, por um lado, com uma exigência de legitimidade e de correção que o direito deve almejar, e por outro acoplando a teoria da argumentação jurídica.¹⁰³

Uma teoria da interpretação jurídica impescinde das conjugações de fatores lógicos, histórico-sociais e ideológicos.

Direito-objeto é linguagem, traz consigo valores, remete a instâncias criadoras e a projetos de bem comum alheios ao objeto. Não pode existir nenhuma ordem jurídica sem função interpretativa e sem intérprete que o faça, porque o ordenamento jurídico está destinado a ser cumprido e, em cada caso, aplicado.¹⁰⁴

Resta razoavelmente tranquilo, desde os escritos de Kelsen e das obras do Círculo de Viena, que a compreensão de que a norma jurídica, ou o conjunto de normas jurídicas gerais e abstratas existentes no sistema, são figuras diferentes da norma jurídica “criada” (ou “declarada”, consoante a escola que se pretenda seguir) em vistas do caso concreto, após o ato de conhecimento, sucedido pelo ato de vontade, do aplicador do direito.¹⁰⁵

¹⁰³ ROBLES, Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, pp. 62-63.

¹⁰⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 627.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim*.

Adverte Recasen Siches, portanto, que “as únicas normas jurídicas perfeitas, ou seja, suscetíveis de serem impostas inexoravelmente são as normas individualizadas. Por essência, as leis são sempre uma obra inconclusa.”¹⁰⁶

Gregorio Robles, a seu turno, exalta a centralidade que a decisão judicial tomou como ponto de partida para o estudo de qualquer teoria geral que se preze, elencando Carl Schmidt, no campo constitucional, e Francesco Carnelluti, na disciplina processual, anotando que esse último partiu da centralidade do conflito e da necessidade de decisão consoante uma decisão judicial.¹⁰⁷ Diz ele que

A teoria da decisão jurídica concebe o direito em seu criar-se, em seu *poiesis*. Estuda o aspecto dinâmico do direito. Enquanto a teoria formal centra-se na análise formal, e a teoria da dogmática investiga a compreensão hermenêutica das instituições que compõem o ordenamento jurídico concreto, a teoria da decisão, pressupondo as considerações anteriores (teoria forma e teoria dogmática), converte o conceito dinâmico de decisão jurídica em centro de sua indagação.

(...)

Que sentido tem, por exemplo, o debate de lege ferenda sobre a justiça ou sobre os valores jurídicos, se não para considerar que a finalidade do direito deve ser conseguir uma sociedade justa, e que a lei, como instrumento básico daquele, deve incorporar os princípios de justiça?¹⁰⁸

Siches recorda premissas básicas para a compreensão de decisões judiciais racionais. Primeiro de tudo, as normas jurídicas não são proposições com intencionalidade científica, suscetíveis de falseamento, por serem atos de vontade.

Em segundo lugar, o direito positivo é sempre obra circunstancial (ao contrário do que pretendia o direito natural, ou do positivismo naturalístico, com sua vocação para a eternidade), em um sentido duplo. São gestadas sob estímulos sociais em sociedade em uma época determinada. Mas também estão destinadas a remodelar ou estruturar dita circunstância social.

¹⁰⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 628.

¹⁰⁷ ROBLES. Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, p. 94.

¹⁰⁸ ROBLES. Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005, p. 97.

E, por fim, a função jurisdicional é sempre criadora em múltiplas dimensões. Deve o juiz obediência às leis, embora não operem elas por si sós. O ordenamento jurídico é composto não somente de leis, comandos imperativos gerais e abstratos emanados do legislador, mas também da função jurisdicional, através da qual deve o juiz interpretar as leis em um sentido de justiça, ou seja, razoavelmente.¹⁰⁹

É preciso, portanto, verificar-se a estrutura e os caminhos da motivação e construção da decisão judicial, “investigando as possibilidades de formalização lógica do modo judicial de raciocínio a partir do que lhe é específico, a dialogicidade”¹¹⁰, estabelecendo os princípios do processo como veículo condutor da atividade hermenêutica.

A qualidade não errática da decisão, na concepção declinada por Claus Wilhem-Canaris, depende da harmonia e da justaposição entre interesses e valores que subjazem ao problema (e não à norma, que nada mais é do que um aspecto relevante da solução jurídica na descoberta do comando). Disserta que

[A] função do sistema distingue-se fundamentalmente da descoberta do conteúdo valorativo de um preceito ou de um instituto, acima tratada, embora esteja, com ela, numa relação estreita. Pois enquanto naquela o centro de gravidade reside em entender o especial - ainda que como parte do geral-, trata-se, agora, predominantemente do inverso, isto é, de preservar o geral - ainda que na especialidade. Ambas as funções do sistema se articulam entre si, quando da obtenção do Direito, num efeito mútuo dialéctico, remetendo uma para a outra, mas distinguindo-se, também, entre si.¹¹¹

A compreensão da decisão, diante do problema, não se faz de maneira irracional e arbitrária. Já se foi o tempo que a decisão do juiz era boa por razões de autoridade. Não tem mais recepção no Estado Democrático de Direito a jurisprudência sentimental. Exige-se que o magistrado apresente critérios objetivos, visíveis e controláveis intersubjetivamente.¹¹²

¹⁰⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, pp. 628-629.

¹¹⁰ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Para uma epistemologia do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, 1988, p. 202.

¹¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 172.

¹¹² MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set.

Como assinala de maneira incisiva Michele Taruffo, nenhum sistema jurídico pode se definir como racional se não é capaz de produzir todas suas decisões jurídico-políticas em alguma medida definíveis como racionais, ou seja, submissas a controle mediante aferição objetiva.¹¹³

A racionalidade da decisão, a seu turno, não guarda nenhum liame com aquilo que se entendia como racional no mundo da ordem positivista. Racional e positivo não é a alocação autoritativa de poder a partir de critérios rígidos empíricos e consoante métodos típicos das ciências naturais, como quis se entender na centúria precedente.

O que significa a tessitura aberta e porosa de blocos das decisões, se se pretender que sejam racionais, sobretudo no que toca às normas de competência – técnica e procedimento (processo)? Demais da expressão abalizada de Zagrebelsky (direito dúctil, maleável, suave), reclama e exige Claus Wilhem-Canaris que a decisão sobre a tutela jurisdicional se inserirá dentro de uma unidade sistemática e coerente nos seguintes termos

Este sistema não é fechado, mas antes aberto. Ele vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para a própria integridade da ordem jurídica, o sistema objectivo.

A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do segundo, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.¹¹⁴

Canaris, justamente por conta da incompletude do sistema, a qual redundava precisamente da ausência de rigorosa afinidade entre os casos práticos e os fundamentos teleológicos e axiológicos de normas individuais gerais e abstratas, trata de afirmar que é dever do jurista lançar mão de seu “arsenal metodológico” para realizar uma “interpretação criativa” do direito, como um todo coeso.¹¹⁵

2010. <Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69098>. Acesso em: 15 setembro 2011.>

¹¹³ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 66.

¹¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. (Tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 281.

¹¹⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 208-209.

A bem da verdade, como já exposto, a

(...) racionalidade da decisão não pressupõe o convencimento sobre a existência de uma razão unívoca e imutável, de verdade absoluta ou de uma ordem metafísica. Pode-se, ao contrário, se discutir validamente sobre racionalidade e controle a propósito das decisões judiciais movendo para a premissa relativa sobre a polissemia e indeterminabilidade do termo “racionalidade, também nas suas possíveis aplicações no contexto judicial, e tendo em vista a natureza inevitavelmente cultural, teórica e contextualizada dos problemas e das perspectivas em que eles possam ser analisados.”¹¹⁶

Avaliações sobre a racionalidade e a controlabilidade de uma interpretação judicial dependem sobretudo do contexto histórico e ideológico em que se inserem.

No inconsciente coletivo dos juristas, a partir do século 18, fica clara a preferência pela utilização da lógica aristotélica como termômetro para mensuração da racionalidade e objetividade das decisões jurídicas, culminando ainda com, em tempos recentes, com o prestígio à lógica deontológica inaugurada por Von Wright em meados do século 20.

Não se pode menosprezar a lógica como mecanismo de auditoria da aplicação da norma geral ao caso particular, ou ainda a conexão da norma jurídica criada e o fato, embora se deva atentar para que a decisão, na acepção de tutela, não seja fruto exclusivo de um iter lógico modelado segundo as formas de dedução silogística.¹¹⁷

Em verdade, a teoria silogística nada mais é do que uma tentativa, histórica e culturalmente explicável, de resolver um sério problema: “a necessidade de vincular o juiz a

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 69. No original: “(...) *la razionalità della decisione non presuppone il convincimento circa l'esistenza di una ragione unívoca ed immutabile, di verità assolute o di un ordine metafisico. Si può invece discutere validamente di razionalità e controlli a proposito delle decisioni giudiziarie muovendo da premesse relativistiche circa la polissemia ed indeterminatezza del termine "razionalità", anche nelle sue possibili applicazioni in contesti giuridici, e tenendo conto della natura inevitabilmente culture-, theory- e context-laden del problema e delle prospettive in cui esso può essere analizzato.*”

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 70

critérios racionais de decisão segundo normas claras, e a regras reconhecíveis e intersubjetivas de raciocínio”.¹¹⁸

Deve, portanto, ser medida sua importância, dentro da “hipermodernidade”¹¹⁹, no que ela se propõe a bem fazer: responder o problema fundamental de como fundar a aplicação de uma regra geral ao caso particular de modo racionalmente válido, o que nem de longe esgota o problema da interpretação das normas, embora constitua, sim, parte importante sua.

Recasens Siches identifica as fragilidades na utilização da lógica formal para, isoladamente, decidir os casos concretos e, no que se importa agora, definir normas de procedimento e técnicas processuais. O problema não resultaria da subsunção matemática dos fatos à norma, e sim dos conteúdos em si das normas jurídicas, tanto das normas jurídicas individuais quanto daquelas particularizadas.¹²⁰

Nas suas palavras,

(...) os artigos da lei ou do regramento pretendem constituir pautas para a ação, desde logo inspiradas em valores que eu, por minha parte, considero ideais. Mas os artigos de lei ou de regramento não são expressão pura de esses valores ideais; constituem uma obra do homem, em um determinado momento da história, em uma certa circunstância social, obra com a qual se pretende produzir praticamente na existência coletiva uns certos efeitos. Portanto, o alcance e a validade de um artigo, de uma lei ou de um regramento, pode se medir, deve se medir, única e exclusivamente em função dos efeitos que produz na vida real.¹²¹
(...)

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 70.

¹¹⁹ Hermes Zaneti Junior assinala que a “hipermodernidade é apenas o ‘começo de sua aventura histórica’ e se poderá corrigir as deformações apresentadas para uma sociedade e uma prática jurídica conforme aos objetivos democráticos e inclusivos do Estado Democrático de Direito.” In ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹²⁰ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, pp. 642-643.

¹²¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 643. No original: “*Por el contrario, los artículos de la ley o del reglamento pretenden constituir pautas para la acción, pautas, desde luego inspiradas en valores, que yo, por mi parte, considero ideales. Pero los artículos de la ley o del reglamento no son expresión pura de esos valores ideales; constituyen una obra del hombre, en un determinado momento de la historia, en una cierta circunstancia social, obra con la cual se pretende producir prácticamente en la existencia colectiva unos ciertos efectos. Por lo tanto, el alcance y la validez de un artículo, de una ley o de un reglamento, puede medirse, debe medirse, única y exclusivamente, en función de los efectos que produce en la vida real.*”

As normas do direito positivo, as leis, os regramentos, etc, pretendem ser só instrumentos para a ação, e, ademais, são instrumentos ocasionais, circunstanciais, cuja validade e alcance depende das urgências ou necessidades da situação. Por haver se esquecido disso os juristas do século XIX tomaram os artigos dos códigos como se fossem verdades definitivas e conjugaram a esses artigos o mecanismo do silogismo e começaram a tirar consequências imediatamente.

(...)

Esqueceram-se de que esses conceitos eram (...) somente etiquetas classificatórias para uma boa ordenação no conhecimento jurídico; mas não idéias com validade essencial em si e por si. Por isso os conteúdos das normas jurídicas não podem ser tratados como verdades mediante o instrumento da lógica do racional.¹²²

A lógica formal, a rigor, acrescenta instrumental poderoso para manuseio do aplicador do direito, mas esse instrumental é absolutamente ineficaz para trabalhar o aspecto imaterial do direito¹²³, composto também de estimações sobre a correção dos fins, sobre a congruência dos meios com os fins, sobre a eficácia, entre outros.

A essa lógica, que trabalha o aspecto imaterial do direito positivo, se dá o nome de lógica do humano e do razoável.¹²⁴

Em suma, o silogismo apresenta três fases distintas: a delimitação dos fatos, a identificação ou criação, dentro do sistema, da norma aplicável, e a solução do caso concreto. Essa é a lição de Ricardo Luis Lorenzetti, para quem

O raciocínio dedutivo tem sido o modo característico do raciocínio legal, ainda que nunca tenha sido exclusivo ou excludente. O método dedutivo requer três passos: a) identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo legal (elemento normativo premissa maior) ; b) delimitar um suporte fático relevante por aplicação das regras processuais

¹²² RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 644. No original: “Las normas del derecho positivo, las leyes, los reglamentos, etc, pretenden ser sólo instrumentos para la acción y, además, sons instrumentos ocasionales, circunstanciales, cuya validez y alcance depende de las urgencias o necesidades de la situacion. Por haber olvidados esto los juristas del siglo XIX tomaron los artículos de los codigos como si fueran verdades definitivas y enchufaron en esos artículos el mecanismo del silogismo y empezaron a sacar consecuencias ilimitadamente. (...). Olvidaban que esos conceptos eran (...) sólo etiquetas clasificatorias para una buena ordenación en el conocimiento juridico, pero no ideas con validez esencial en sí e por sí. Por eso los contenidos de las normas juridicas no pueden ser tratados como verdades mediante el instrumento de la lógica de lo racional.”

¹²³ Conforme visto em item anterior quanto à semântica das normas jurídicas e à razão prática.

¹²⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 647.

(elemento fático premissa menor); c) deduzir a solução a partir da premissa maior aplicável à premissa menor.¹²⁵

O mais importante, contudo, é o teste final, a verificação da compatibilidade da solução encontrada (norma jurídica individual e concreta) com o ordenamento, o que não se faz através de lógica, mas sim de outros instrumentais.

Ricardo Luis Lorenzetti matematiza um passo-a-passo, em forma de *check-list*, assinalando que

(...) deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo: primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; terceiro – e se restarem problemas estaremos diante de um caso difícil –, deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada a sua harmonização.¹²⁶

Para o autor a sua construção se contrapõe à discricionariedade e à politização do direito, já que garante uma ordem razoável e uma razoável estabilidade e previsibilidade das decisões. Mas também se aparta, a seu turno, do racionalismo excessivo, já que admite que o silogismo é insuficiente para aferir a correção da decisão, havendo critérios políticos, em seu sentido amplo, ocultos.¹²⁷

O primeiro passo do raciocínio, como dito, é a aplicação do método dedutivo, fazendo o autor uma comparação do papel juiz com o detetive “Sherlock Holmes”. Em um Estado de Direito, a rigor, esse deve ser o estágio inicial de elaboração da norma, sob pena de se decidir *contra legem*.

¹²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista, pp. 171-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 170-171. Para uma abordagem mais enciclopédica e breve, ver também o recente ensaio: MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010. <Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69098>. Acesso em: 15 setembro 2011.>

¹²⁶ *Id. ibidem*, p. 157.

¹²⁷ A descrição e o desenvolvimento do tema é objeto de análise circunstanciada em diversos capítulos da obra, pelo que se faz análise *en passant* do raciocínio e se desenvolve a idéia central do autor, explicando suas nuances no que for pertinente, cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista. São Paulo: RT, 2011, p. 158 *et seq.*

Nesse momento, deve haver delimitação dos fatos (premissa-menor), identificação da norma, o que depende da circunscrição de um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formar um enunciado normativo-geral (premissa-maior), e, por fim, a solução do caso concreto, dando a resposta por meio de raciocínio dedutivo.

O segundo passo do raciocínio judicial consiste no controle da legitimidade da decisão judicial encontrada. Subdivide-se em quatro movimentos.

O primeiro deles é “olhar para trás”, no que denomina de elemento de consistência da decisão, analisando todo o plexo de decisões judiciais anteriores lavradas diante das mesmas circunstâncias do caso analisado.

Ora, as partes em conflito trabalham com a expectativa de previsibilidade, dada pela promessa constitucional de igualmente perante a lei, e a decisão judicial que se afastar do que corriqueiramente se faz padece do ônus argumentativo de fundamentar as razões pelas quais se descolará do entendimento consolidado.

O segundo movimento de controle da decisão é “olhar para cima”, que se reporta à coerência do sistema jurídico. A decisão sabatinada deve ser coerente com as normas superiores do ordenamento jurídico, quais sejam, os princípios gerais que dão coerência e harmonia ao ordenamento jurídico.

Notadamente aqui se percebe a análise da validade material da decisão desafiada, confrontando-a com as normas da Constituição. Calha ressaltar que o autor afirma que se presume a coerência, cabendo o ônus argumentativo àquele que questiona a validade substancial.

O terceiro dos movimentos é “olhar para frente”, ou seja, analisar os impactos gerais e político-econômicos ou sociais que podem produzir a decisão no futuro. Gerais no sentido daqueles impactos que desbordem dos envolvidos; jurídicos, no sentido de influenciar relações jurídicas futuras de partes não envolvidas no pleito.

A análise econômico-sócio-político, e suas consequências, são tratadas como aspectos de uma visão consequencialista do direito, atraindo o olhar investigativo sobretudo da jurisprudência norte-americana.¹²⁸

O terceiro passo só se justifica quando o método dedutivo é de impossível aplicação por conta de dificuldades de ordem material: dificuldades na especificação ou interpretação da norma, ou quando ela, se aplicada, materializa-se em norma inconstitucional. Está-se diante, nesses casos, de um *hard case*, segundo o autor.

O quarto passo, conforme preleciona o autor latino-americano, antecede os demais porque atua como pré-condicionante da decisão judicial, notadamente das decisões difíceis.

É a escolha do paradigma segundo o qual servirá como bússola para o aplicador da norma, ao ponto de que as mesmas regras serão aplicadas de maneira diversa e os princípios serão pesados da mesma forma por pessoas distintas.

O paradigma, assim, precede a decisão e se revela no objetivo a ser alcançado por aquele que toma a decisão.

Elenca o autor os seguintes paradigmas: paradigma protetor(proteger os débeis); paradigma do acesso(proteger os excluídos do acesso aos bens naturais e humanos); paradigma coletivo(protege os bens e direitos coletivos em sentido amplo); paradigma consequencialista(protege a organização da sociedade, tendo uma visão utilitária na acepção *benthaniana*); paradigma do Estado de Direito(protege os procedimentos para se atingir um fim qualquer).

São os paradigmas, mais precisa e detalhadamente, os modelos decisórios que têm *status* anterior à regra e condicionam as decisões. O princípio jurídico é um *standard* que deve

¹²⁸ Para maior desenvolvimento e pesquisa de fontes e atual estágio da análise econômica do direito, remete-se o leitor a LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista, São Paulo: RT, 2011, p. 186 *et seq.*

ser observado, e a diretriz política é um *standard* que deve ser alcançado. Neste âmbito se costuma aplicar os princípios ocultos ou regras não explícitas no corpo de normas escritas.

A adoção do paradigma faz com que se dê proeminência ao contexto sobre a norma geral e abstrata, habitualmente subsumindo uma expressão legal paragonada a um contexto paradigmático que lhe dá sentido, o qual não é o ordenamento em si, mas o modelo de decisão a que se vincula.

O recurso dos paradigmas tornou-se comum nos ordenamentos atuais, os quais adotam vocábulos que podem ser interpretados em sentidos diferentes, bem como orientações substancialmente diversas e concorrentes em relação a um tema.

A vantagem da busca da pretensão da correção da decisão através da alocação de paradigmas é unificar os argumentos comuns e tornar mais simples os debates interpretativos de uma norma concreta entre aqueles que partilhem de uma mesma visão.¹²⁹

Nesse momento de pré-concepção do paradigma, despontam dois momentos: o momento da explicação e o momento da harmonização.

A explicação consistiria em expor o paradigma em relação ao caso concreto, qual o objetivo a ser alcançado com a sua aplicação, bem como a relação dialética em relação à incidência do paradigma competidor.

A harmonização, passo logicamente seguinte, é resolvida com a acomodação dos paradigmas em choque, em esforço que depende da observância dos já citados pré-requisitos decisórios na democracia deliberativa.

Esse passo, a rigor, é aquele que dota o aplicador de maior discricionariedade, portanto impescinde da participação ativa dos afetados. Não nega Lorenzetti a carga de

¹²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 227.

discricionariedade do juiz que decide sob o influxo de prévias concepções de vida, entretanto tais concepções devem ser explicitadas e debatidas pelas partes submissas ao poder político, em sentido lato, o que se revela no *decisum*.

Aconselha o autor os seguintes cuidados ao juiz para que não se deixe afetar pelos seus próprios ideais e preconceitos, atentando contra a república e contra a democracia:

- não substituir as decisões das maiorias por suas próprias convicções, mas tratar de reforçar os procedimentos para que estas se expressem;
- identificar os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível, e não substituí-los por suas próprias apreciações;
- tratar de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, examinados os benefícios-prejuízos de cada um deles;
- ser consciente de que existem princípios e valores em tensão, mas que há um “metavalor”, que é o pluralismo de valores. A sociedade pluralista atual encomenda à Constituição a tarefa de realizar a condição de possibilidade da vida em comum, e não de estabelecer um projeto de vida determinado;
- o juiz não é necessariamente um cientista, no sentido de que sua preocupação principal seja citar doutrina e jurisprudência, e com isso construir um conceito normativo preciso. Nunca foi assim, já que os juízes não exercitaram a *ratio especulativa*, mas a *juris prudentia*, ou seja, a persuasão, a análise enfocada nos problemas e a busca da pacificação;
- o juiz deveria utilizar como argumentos básicos as razões que se dariam reciprocamente duas pessoas que dialogam para chegarem a um acordo e buscam elementos de consenso, sempre que exista uma situação igualitária, livre de coações, e pessoas de igual capacidade;
- (...) deve ser admitido um limite baseado nos direitos fundamentais;
- a tarefa do juiz nesse caso é identificar os consensos majoritários e limitá-los quando transgridam direitos fundamentais.¹³⁰

Fazzalari, a respeito do trabalho dos juízes, qualifica como inadequado e inútil a distinção entre a *juris prudentia* e a *scientia juris*; esta, a obra dos doutrinários, e aquela, a cognição dos juízes. A atividade dos juristas de fixação e aplicação das normas, a seu ver, corroborando os dizeres suso-alinhados, é componente essencial da existência e vida dos direitos. A teoria geral do direito impescinde da conjugação de ambas: a análise dos problemas, ou ainda a explicação a partir de um só dos pontos de vista¹³¹

¹³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 184-185.

¹³¹ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 55.

Por isso que, para Fazzalari, acertadamente, a disputa sobre a característica essencial da *juris prudentia*, na sua tarefa de construção da norma jurídica, perde interesse cada vez mais, pois ela inclui os dois momentos: o momento cognitivo e o momento prático.¹³²

Importantíssimo contributo à teoria da norma jurídica na segunda metade do século XX trouxe o jusfilósofo alemão Friedrich Muller, com a sua teoria estruturante do direito, solapando boa parte das premissas metodológicas que foram herdadas pelo racionalismo e pelo positivismo, desacolhendo-as, porque insuficientes para explicar o fenômeno da normatividade sob o pálio da nova ordem mundial pós-guerras.

Em frase de efeito, Muller reescreve a teoria da norma, porque incompatível com a teoria da Constituição o legado dogmático deixado pelo positivismo, plantando a máxima de que a metódica do direito deve ser fundamentada por uma teoria do direito (objeto), e não por uma teoria sobre o direito (política, filosófica, sociológica, econômica, ou o que o valha).¹³³

O desfecho de seu ensaio principal, o autor classifica o que denomina de “teoria estruturante da norma” justamente como uma “teoria impura do direito”, realizando um contraponto com o trabalho clássico de Kelsen.

Registra que a tarefa da metódica (teoria geral do direito) é cuidar dos fatos, é assimilar o que é o caso para o direito, a realidade no qual é usado e se orienta, em postura que qualifica como genuinamente pós-positivista, ou seja, posterior a Kelsen e aos dogmas neo-kantianos herdados das ciências do século XIX.¹³⁴

Não há, em Muller, interpretação da norma, mas apenas concretização, de modo que não se cuida de processo cognitivo. Normas jurídicas não são dependentes dos casos, mas referidas a eles, pois

¹³² FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 65.

¹³³ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

¹³⁴ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 107-108.

Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem jurídica, diferenciável com os recursos da metódica racional. Esse “núcleo” é concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre tornado nítido, diferencialmente, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma).¹³⁵

Assim, cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício, mas ainda sim um caso concreto. O texto da norma serve precipuamente como diretriz e também como limite, mas está longe de bastar, em si, para solução e decisão.

Isso porque as decisões tomam a forma de linguagem, e o direito, positivo ou natural, é texto, na concepção de que pode ser reduzido a uma representação significado-significante (texto)¹³⁶, de sorte que nunca é inocente.

A fala traduz uma ação, ainda que o núcleo verbal da norma traga um verbo de ligação. Por isso a concretização da norma, seja ela positivada ou não em veículo formal, guarda dificuldades originárias e interpretativas. Definir bem os limites e a diretriz da norma individualizada a partir da análise do texto da norma buscada no sistema, ainda assim, é tarefa inóspita. Por isso que

A dificuldade de concretização se deve antes ao fato da língua não ser inocente e da fala ser uma forma de ação. A língua sempre apresenta marcas prévias de violência social e dos seus vestígios, a língua do direito está endurecida, calcificada adicionalmente pelo poder-violência do Estado e deformada pela pressão e pelos conflitos dos grupos envolvidos. Não há como escapar ao combate semântico, muito menos na concretização.¹³⁷

Muller acentua os seguintes critérios na concretização da norma jurídica: elementos metodológicos puros (métodos de interpretação clássicos, elementos de hermenêutica

¹³⁵ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

¹³⁶ É a premissa básica da Teoria Comunicacional do Direito, encastelada por Gregorio Robles e que bebe nas fontes da filosofia da linguagem e da semiótica.

¹³⁷ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

constitucional); elementos do âmbito da norma; elementos de dogmática; elementos teóricos; elementos de técnica de solução e elementos de política.

Os dois primeiros critérios citados, para o autor, têm precedência sobre os demais, por se referirem diretamente à norma, enquanto que os demais são auxiliares e apenas esclarecem problemas de inteligência. Dentro dos elementos primeiros, os critérios sistemático e gramatical têm preferência.

Diferencia o autor dois subelementos: programa da norma e âmbito da norma. O teor literal expressa o programa da norma e, ao seu lado, em idêntico grau hierárquico, está o âmbito da norma. Consiste ele no recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu ou criou para seu âmbito de regulamentação, podendo se tratar de fatos (e.g. o tempo) ou ainda de direito (e.g. regras institucionais ou procedimentais).

Assim, interrelacionam-se texto e âmbito: o âmbito entra no horizonte visual da norma de decisão com o enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. O domínio da norma coconstitui a normatividade: ele não se equipara ao conjunto dos fatos e direitos representados, mas é um nexos em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados na realidade, jurídica ou fática, e que estão, em regra, conformados de maneira mais ou menos jurídica. Por isso que, assinala Muller, o “direito” e a “realidade”, vistos sob o prisma do resultado final decisão jurídica, não subsistem autonomamente, mas são momentos distintos ordenados na tarefa de concretização jurídica.¹³⁸

Para o autor, a dogmática é uma linguagem sobre linguagem. É subsistema de técnica de comunicação no universo jurídico sem o caráter vinculante esperado do direito.

¹³⁸ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 56-58.

Os elementos teóricos são as pré-compreensões vinculadas ao Estado e às teorias da Constituição. Elenca o autor o “sociologismo”, o “positivismo”, o “decisionismo”, entre outras pré-compreensões.¹³⁹

Elementos de técnica de solução seriam, na esteira das suas lições, verdadeiros manuais de orientação, que apresentam propostas para estratégia e tática de solução exitosa, porque convencionalmente aceitos na praxe. Devem servir de apoio lateral, nunca contrariamente às normas. Representam técnicas, assim, que ajudam a responder às perguntas “o que se pede?” ou “o que importa para tanto?”. Utilizam-se convencionalmente da *inventio* (tópica) para busca de soluções orientadas pelos problemas.¹⁴⁰

Por último acrescentam-se os elementos de política constitucional. Em suma, serve apenas para comparação, delimitação e clarificação, porque o ato de normatização já é político em algum grau funcional. Refere-se à ponderação das consequências e à consideração valorativa dos conteúdos, sobretudo em termos de legitimidade.¹⁴¹

Dworkin desenvolve sua teoria em torno de uma razão prática substancial, desenvolvendo o denominado direito em integridade, cuja tarefa de realização cumpre a um juiz-metafórico, com super-poderes e conhecimento sobre-humano, a quem denomina Hércules.

Sobretudo nos casos difíceis, a partir de uma teoria da decisão jurídica no positivismo, “o juiz decidiria conforme seu parecer pessoal e como que criaria nova lei.”¹⁴² Para Dworkin, entretanto, o juiz não cria a lei, mas “descobre o direito das partes, com base nas leis já existentes”.¹⁴³

¹³⁹ Os elementos teóricos funcionam com muita proximidade e em grande sintonia com aquilo que Lorenzetti denominara de paradigmas da decisão. V. *supra*. Tanto é assim que o autor alemão se questiona sobre a neutralidade dos elementos de teoria frente às ideologias. Cf. *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁰ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

¹⁴¹ *Id. ib.*, pp. 93-94. O elemento de política constitucional, a nosso ver, se apresenta muito próximo do paradigma consequencialista de Lorenzetti. V. *supra* e *op. cit. passim*.

¹⁴² LUCHI, José Pedro. Consistência jurídica do ponto de vista do juiz: um estudo em Dworkin. Texto inédito. No prelo.

¹⁴³ *Id., ib.*

Em suma, a integridade pode ser reduzida à seguinte fórmula

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.¹⁴⁴

A proposta integracionista de Dworkin, como explicitamente registra o autor, tem o mérito ultrapassar o voluntarismo jurídico, típico do positivismo kelseniano, caminhando no sentido tanto superar a dicotomia entre descobrir ou inventar a norma: fariam as duas coisas ao mesmo tempo e nenhuma delas.¹⁴⁵

A construção, na dicção do autor norte-americano, alia o convencionalismo ao pragmatismo. O convencionalismo estuda o repertório de decisões judiciais e legislativas para compreender como tradicionalmente se decidia na comunidade. O pragmatismo, ao revés, tem um olhar para o futuro, exigindo que os juízes pensem instrumentalmente os melhores programas para tempos posteriores, tornando, por vezes, necessária uma postura utilitarista, no sentido benthaniano, para entender melhor o bem-estar comunitário.¹⁴⁶

As decisões, tenham elas se enquadrado a uma norma explícita e clara do ordenamento ou não, são sempre justificadas segundo princípios contidos no sistema ou segundo argumentos de política. Defende Dworkin que as decisões, em casos aparentemente simples ou nos denominados *hard cases*, devem ser geradas e referendadas por argumentos de princípios, e não por argumentos de política.¹⁴⁷

Nessas circunstâncias, espera-se que as decisões orientadas por argumentos de princípios sejam coerentes e compatíveis com decisões anteriores que não foram superadas, em ordem a guardar coerência no sistema. Coerência na utilização e argumentação sobre o princípio que tomou por base, e não necessariamente quanto à regra invocada ou criada.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

¹⁴⁵ *Id., id.*, p. 271.

¹⁴⁶ *Id., ib.*, p. 272.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

A tarefa do juiz Hércules, ao se aventurar a caminho da coerência, deve ser

(...) limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente.¹⁴⁸

Essa coerência é particular à responsabilidade política dos juízes, que são agentes políticos em sentido amplo, e seria impertinente se as decisões fossem arrimadas em argumentos de política, os quais são, por sua natureza, conjunturais e discricionários.¹⁴⁹

A força gravitacional dos precedentes é aplicável por força da denominada equidade, a qual serve para dar suporte à razão prática dos precedentes. É ônus do juiz averiguar os argumentos históricos e a percepção geral da comunidade, para que se projete se um determinado princípio, que no passado tinha um certo peso, deixou de tê-lo, de modo que se torne indesejado que ele continue a gerar decisões jurídicas do mesmo tipo. A demonstração deve se dar por meio de argumentos de moralidade política.¹⁵⁰

Dessa forma o direito como integridade deplora o mito de que a lei é a lei, porque somente busca inspiração no passado na medida em que se justifique a decisão atual com base em princípios que mereçam honradez perene.¹⁵¹

A concepção do mecanismo de decisão judicial de Hércules como integridade faz com que desapareçam, enfim, as distinções entre casos fáceis e difíceis, vez que todos os casos fáceis podem ser compreendidos como difíceis, porque justificados sob o pálio dos mesmos aspectos

¹⁴⁸ DWORCKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177.

¹⁴⁹ *Id. Ib.*, pp. 138-139.

¹⁵⁰ *Id.*, *Ib.*, p. 191.

¹⁵¹ DWORCKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

jusfilosóficos. Os casos fáceis (e.g. limite de velocidade em vias públicas) são, outrossim, casos específicos de casos difíceis.¹⁵²

O isolamento do juiz Hércules, em seu ativismo monológico, deve prestar contas à sociedade, daí porque Habermas complementa a integridade jurídica com a imposição do dever-poder de que esse mesmo juiz garanta a prestação de procedimentos que confirmem transparência, objetividade e reconstrutividade intersubjetiva da decisão, de modo que a legitimidade seja a soma da qualidade interna dos argumentos com a estrutura do processo de argumentação.¹⁵³

Os elementos filosóficos aqui colhidos, sem a menor pretensão de esgotamento da exposição em relação a cada um dos temas apresentados, tampouco de ilustrar as dezenas de escolas de direito e filosofia, revelam um ponto em comum: a norma procedimental é, ao mesmo tempo, mola propulsora na concretização¹⁵⁴ da norma processual seguinte, e também é resultado de um processo de concretização, sobre o qual pairam diversos influxos interpretativos e hermenêuticos.

No processo contemporâneo, a racionalidade mais adequada e que se entende afivelada aos ditames dos paradigmas filosóficos é aquela que engendrada no *motus* decisório a racionalidade prática procedimental, porquanto intimamente ligada ao modelo deliberativo-procedimental de democracia.¹⁵⁵¹⁵⁶

A racionalidade prática substancial, ligada aos imperativos categóricos neokantianos, não se mostra mais apropriada a partir da gnoseologia e da filosofia do século XX e XXI, embora o historicismo, a integridade do direito e as condições de realização de teoria do discurso¹⁵⁷

¹⁵² DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317.

¹⁵³ LUCHI, José Pedro. Consistência jurídica do ponto de vista do juiz: um estudo em Dworkin. Texto inédito. No prelo. Para esclarecimentos maiores sobre a teoria habermasiana da legitimidade das decisões jurídicas, HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁵⁴ Pede-se vênua ao leitor para utilização do vocábulo, em seu caráter vulgar, sem querer assimilá-lo àquilo pronunciado por Friedrich Muller.

¹⁵⁵ ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 70.

¹⁵⁶ V. o desenvolvimento do modelo procedimental-democrático na extensa obra de Habermas, HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

¹⁵⁷ Na acepção de Alexy.

sejam, sim, importantes catalizadores do que se convencionou denominar contraditório cooperativo e devido processo legal, pressupostos intangíveis do mecanismo decisório justo.

Em Castanheira Neves a profundidade e a dimensão da relação entre razão prática procedimental e material são muito claras. Enquanto o que a primeira pretende manifestar um fundamento material pressuposto à prática, que lhe justifica, a segunda tem o escopo de permitir a observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que conduz à validação da atitude prática e do resultado. Na primeira, o essencial é o conteúdo; na segunda, o modo de obtenção desse conteúdo.¹⁵⁸

Para além de uma relação paradoxal, justamente a razão prática substancial serve de garantia da procedimental, eis que garante a observância de regras institucionalizadas e, logo, essenciais ao sistema. Nesse sentido, e principalmente nesse sentido – de garantia das regras do jogo do devido processo legal – ganha fôlego a linha hermenêutica de Dworkin. Ganha todo sentido, nesse contexto, a fala Hermes Zaneti Junior

A relação entre a racionalidade prática procedimental (dialética, discursiva e tópica) e o contraditório revela-se, dessarte, biunívoca: para que seja possível a aplicação da racionalidade prática procedimental, é preciso que se atue em contraditório (relação dialética) e, para que seja possível a aplicação do contraditório, faz-se necessária a lógica procedimental.¹⁵⁹

Decerto que, em dogmática, o consenso *a priori* é improvável e, por assim dizer, indesejado, porque a crítica constrói e reconstrói o objeto de estudo a cada momento. O ato de conhecer é, por assim dizer, intransponível e circular.

Entretanto, o dado sociológico e da realidade há de conviver e ser adotado como premissa: vive-se um tempo de incertezas, o tempo da “sociedade de risco”, de Ulrich Beck, em que os padrões e as instituições da sociedade burguesa industrial foram substituídos pela

¹⁵⁸ NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 43.

¹⁵⁹ ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 197.

imprevisibilidade, pelas ameaças difusas, pela desordem, pela incerteza fabricada¹⁶⁰. De maneira analítica

Parte-se da idéia de que, em toda a história de humanidade, os mesmos sempre existiram [*os autores se referem aos riscos naturais e aos criados pelo homem*], porém em grau e extensão diferentes, posto que, num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, mais especificamente na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, devendo-se à falta / deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de endemias, etc; na sociedade pós-moderna o quadro é outro, os riscos com maior extensão atingem a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim as gerações contemporâneas e futuras.¹⁶¹

Daí as projeções metodológicas multidisciplinares, o apelo à classe da hipermodernidade no campo da filosofia e o subproduto da segmentação do direito e da fragmentação das fontes de poder, típicas do pós-positivismo, razão pela qual, como bem lembrado por Bonaventura de Souza Santos, a ciência atual se caracteriza não pela ausência de método, mas pela combinação de diversos métodos para conhecimento do objeto cognitivo, que se mostra muito mais complexo do que o objeto de estudo na antiguidade e na modernidade.

Nesse campo, em corte epistemológico, será a norma de técnica de prestação de tutela no projeto de código de processo civil o objeto de estudo do presente trabalho, razão pela qual se adotam como premissa, para desenvolvimento da monografia, os apontamentos já realizados, sobretudo epistemológicos, filosóficos e metodológicos.

¹⁶⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹⁶¹ ROBALDO, José Carlos de Oliveira; Vieira, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. Revista digital do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM <Disponível na internet em www.ibccrim.org.br, acesso em 25.10.2002.>

Parte II

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TUTELA JURISDICIONAL

6. Paradigmas Metodológicos: as denominadas fases do processo civil

Chega-se à segunda parte da presente monografia, a qual consiste em destrinchar os caracteres específicos da tutela jurisdicional no processo democrático inaugurado pela Constituição de 1988, contribuindo para colorir a análise das técnicas de prestação de tutela no projeto do novo código de processo civil.

Em parágrafo que consagra uma leitura epistemológica do processo civil, à época em com cores de ineditismo na doutrina nacional, vale lembrar excerto de Pontes de Miranda

O direito, como a economia, a política, a moral, a arte, a religião e a ciência, além da moda, é processo social de adaptação. Cada um deles possui qualidades específicas, suscetíveis de tudo por parte do sociólogo. O cientista que particularmente se ocupa com um deles pode submetê-lo à observação e à experimentação, segundo métodos sociológicos, ou pesquisar-lhes os critérios com que se desenvolve, como é o caso do jurista ao tratar dos assuntos jurídicos. Todavia, dentro do próprio domínio especial de cada um dos processos adaptivos, se faz sentir a atuação do que poderíamos denominar a evolução dos métodos, de modo que, ainda no terreno das regras jurídicas, das regras morais, da prática política, das convicções e ritos religiosos, da técnica econômica ou artística, bem como no plano dos próprios sentimentos e do pensar, há a passagem de períodos rudimentares, brutalmente empíricos, para outros períodos de maior dose de intervenção da consciência, quer pelo raciocínio, quer pela introdução do critério científico.¹⁶²

A doutrina nacional reconhece a existência de diferentes fases na história do processo civil recente, sob esse aspecto da utilização de arsenal próprio de aproximação do estudioso e do aplicador do direito com as normas de direito processual.

Tem-se, como critério para a segmentação principalmente a relação entre o direito processual e o direito material, bem como a relação entre as normas do direito processual e os diversos paradigmas e metacritérios de interpretação, produção e hierarquização.

¹⁶² MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 45.

O primeiro momento, em abordagem grosseira, sem maiores aprofundamentos sobre os diversos sistemas processuais históricos que o compõem¹⁶³, agrupa a característica comum de todo processo civil até meados do século passado.

Para Grinover, Dinamarco e Cintra, o processo era, até então, simples meio de exercício de direitos, daí o termo “direito adjetivo”.

Desde os idos do direito romano, o processo se estruturava em duas fases: o *ius e o iudicium*. A tutela jurídica não era constituída por normas de direito material, mas confiada ao processo por meio de normas instrumentais. Por tal motivo, a *actio* não era apenas um direito, mas o único direito reservado às partes.

O direito subjetivo se mesclava à instrumentalização da ação em juízo. Antes dela, ele não preexistia. Daí porque, mesmo após as discussões pandectistas do século XIX, sobretudo na pena de Savigny e Ihering, a doutrina não conseguiu, de imediato, esclarecer as relações entre ação e direito.¹⁶⁴ Foi se adaptando a concepção imanentista de processo ao desenvolvimento da ciência processual à época. Colhe-se o seguinte trecho doutrinário sobre o tema

O velho processo do praxismo, desqualificado e menor (este, sim, meramente instrumental) revestiu-se, a partir do século XIX, do caráter de ciência jurídica, mediante o trabalho dos que lhe teorizaram a dogmática conceitual, avançando, no século XX, até ser visto como integrando a substância mesma do jurídico, falando-se hoje, inclusive, em um status civilis processualis, dimensão nova acrescida à cidadania em sua compreensão anterior. Se na concepção pré-moderna foi admissível atribuir-se-lhe o caráter de mero instrumento, porquanto

¹⁶³ Para um panorama extenso das fases do processo civil em tempos remotos, LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução). Campinas: Bookseller, 2003; TUCCI, Jose Rogerio Cruz e.; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Sob o viés comparativo, divisando e comparando a evolução dos dois grandes ramos do processo civil ocidental, MERRYMAN, John Henry; PÉREZ PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. Panorama brilhante, conferido pelo eminente professor Mauro Capelletti, acerca das características de cada uma das fases pelas quais passou o processo medieval e moderno, se encontra em CAPELLETTI, Mauro. Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil: reformas evolutivas na Europa Ocidental e Oriental, *In* CAPELLETTI, Mauro. Processos, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pp. 311-377.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

se afirmava preexistente e predominante o direito material, identificado como direito natural divino, a crise experimentada por essa compreensão, na modernidade, determinaria, necessariamente, um novo modo de pensar o processo. Com a transição para o direito natural racional, produzido pelos homens mas sob o império das leis da razão (o conteúdo normativo da razão prática kantiana) se foi descartado o direito natural divino, subsistiu a convicção antiga, representada pela crença num direito prévio a ser apenas explicitado pelos homens em termos de racionalidade. Deixou de ser visto o processo como um mero instrumento, impotente para interferir na substância mesma do direito, isto porque ele próprio, processo, enquanto direito, devia submeter-se, tanto quanto o direito material, às leis da razão (o direito natural racional). Daí haver a doutrina acentuado sua interconexão substancial com o direito material, de que passou a ser uma extensão, vale dizer, tão submetido, quanto ele, às leis da razão, sem o que se desqualificaria enquanto direito, interferindo, ainda, e negativamente, na racionalidade inerente àquele.¹⁶⁵

A estreita vinculação da relação material com a ação repercutiu posteriormente por mais tempo do que o desejável, encontrando abrigo no artigo 75 do Código Civil de 1916, que ditava que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.”

A ação era o próprio direito subjetivo que, uma vez lesado, adquiria força para obter em juízo a reparação sofrida.¹⁶⁶ Nesse momento, não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material ligando as partes; não se discutia a autonomia do ramo do direito processual.

Pontes de Miranda sustenta tal posição desde os seus trabalhos mais primordiais até os seus tratados sobre ação e código de processo civil de 1973, em nenhum momento colocando a ação no plano do direito processual, e sim no plano do direito material.¹⁶⁷

¹⁶⁵ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/2001, p. 55.

¹⁶⁶ Traço característico desse movimento é a idéia de ação de direito material, que é simplesmente a “inflamação” do direito subjetivo lesado, e que autoriza ao interessado vir a juízo para, com base na sua ação de direito material, pedir ao juízo a restauração ao status quo. A tese foi difundida por Ponte de Miranda, e ainda hoje é objeto de diversas análises e críticas. MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, *passim*. A contemporaneidade da querela deriva da sempre atual discussão sobre as relações entre direito e processo, que respira novos ares em recente trabalho de artigos: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 40. Pontes de Miranda pontua sua teoria já na obra acerca da ação rescisória, cuja primeira edição é datada de 1934 e fortemente influenciada pelas idéias de Wach, e reproduz escólio semelhante no Tratado das Ações e em seus comentários ao código de processo civil, cf. *op. cit.*, p. 42.

Vingou tal abordagem desde as origens do processo até o momento em que os alemães passaram a especular sobre a natureza jurídica da ação e do processo na segunda metade do século XIX.¹⁶⁸

Por isso, não por acaso aponta-se como pontapé inicial dessa transformação o direito racional, presidido por altas e abstratas idéias inerentes ao cientificismo da época. Não é surpresa que se verifique na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, com clara definição de todos institutos processuais modernos, extraídos a partir do pólo metodológico da ação como instrumento processual.¹⁶⁹

Nesse esteio, o clima processualista passa a se isolar do direito material e da realidade, alheando-se dos valores sociais. Quanto mais refinado o processo, mais distanciado da sociedade a que ele servia.

Ponderações, tais como a de Bedaque, dão a exata dimensão daquilo em que se transforma o processo. Ele é concebido como um instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, *cujá identificação é feita a partir de elementos externos a ele*. A técnica processual para cada caso é simples meio. E, em nenhum momento, pode o processualista se esquecer de que as querelas internas do processo devem ser solucionadas para favoreceres os resultados pretendidos, que são exteriores a ele.¹⁷⁰

Surge, então, a partir da crise do direito positivo como um todo no pós-guerra, com a superação dos paradigmas tradicionais científicos e uma releitura da normatividade e das fontes do direito como um todo, a necessidade de uma nova abordagem do fenômeno processual.

¹⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 42.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 32-34.

¹⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

Surge então a fase instrumentalista do processo¹⁷¹, na qual o processo é visto como um meio necessário e indispensável para se alcançar os fins da jurisdição.

Segundo esse método de trabalho, eminentemente crítico, o processualista passa a examinar os resultados práticos do processo, produzindo justiça para os membros da sociedade.¹⁷² Ou, na dicção abalizada de Bedaque, “o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”, devendo haver uma revisitação de todos os institutos processuais, a fim de conferir-lhes nova feição, identificadas as necessidades de caráter material, e não apenas formal.¹⁷³

Arauto maior dessa perspectiva no Brasil, em raro espaço de consenso acadêmico¹⁷⁴, é Cândido Dinamarco, que traz para as plagas do processo as suas preocupações sociais, políticas e jurídicas da jurisdição¹⁷⁵, o que cria uma nova mentalidade de pensar todos os institutos do processo a partir da primeira edição de sua obra de cátedra, datada de 1987.

Em Dinamarco ressaí a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processual”¹⁷⁶, como fermento e elemento-chave para a modificação do centro de observação do fenômeno: da Constituição para o processo, e nunca do processo para a Constituição e seus princípios.

¹⁷¹ Consoante boa parcela da doutrina brasileira, com maior reflexo na escola paulista de direito processual civil, a fase instrumentalista ainda está em curso, não havendo que se falar em sua superação. Dentre os autores que assim se colocam, v.g., Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos Cintra, José Roberto dos Santos Bedaque, entre outros. V. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

¹⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21.

¹⁷⁴ Por exemplo, MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, p. 35.

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, *passim*. A obra é densa e traz uma complexa leitura epistemológica e sociológica do sistema processual, com enfoque na multi-funcionalidade da jurisdição.

¹⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79.

Essa mesma idéia adota a compreensão de que o processo é o pólo metodológico central da teoria do processual civil, respondendo ao caráter essencialmente problemático¹⁷⁷ do direito hoje, para cuja solução devem concorrer todos interessados¹⁷⁸.

A doutrina que se cristaliza hoje no Brasil antevê, porém, algumas falhas hermenêuticas na leitura realizada pela visão instrumentalista do processo em face de um amadurecimento maior e de reflexões em torno da forma-valor e da dimensão da participação das partes no processo em acordo com os postulados constitucionais.

Daí porque diversos autores, dentre eles Antonio do Passo Cabral¹⁷⁹ e Calmon de Passos¹⁸⁰, asseveram faltar cientificidade ao instrumentalismo. Esse primeiro, inclusive, alerta sobre os dois aspectos agudos em que se ressentem de critérios seguros o instrumentalismo: a ausência de *standards* e critérios metodológicos seguros para aplicar o exame funcional meio-fim, que deve ser empreendido casuisticamente, e a admissão de que o critério funcional no exame de cada uma das formas processuais é incompleto e carece de universalidade.

Uma observação importante é que a instrumentalidade instiga o aumento descompensado dos poderes do juiz sem que se lhe atribua qualquer ônus no exercício desse poder, o que revela manifestamente uma opção autoritária de processo, com o qual a concepção formalista-valorativa, preocupada com a visão garantística do processo e o resguardo das posições jurídicas das partes, não pode concordar.

Como visto na parte 1, poderes judiciais são essencialmente deveres-poderes. Nenhum poder está desacompanhado de um *accountability*.

¹⁷⁷ Remete-se aqui à visão, já exposta, da norma como um dado construído a partir do problema, sob os influxos das diversas fontes e diversos métodos de pensamento racionalmente aceitos.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, p. 45.

¹⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 90-91.

¹⁸⁰ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/2001, p. 55.

Já na sua célebre monografia, Galeno de Lacerda denunciava o código de civil de 1939, manifestamente publicista, como pode ser lido pela exposição de motivos de Francisco Campos, como um documento autoritário e concedente de poderes arbitrários ao juiz. Diversos poderes dados ao juiz pelo código, na visão do autor, representariam reflexos do Estado autoritário.¹⁸¹

Essa mesma preocupação continua se renovando em diversos autores¹⁸², o que não e mostra absolutamente infundado diante das veras concepções que o instrumentalismo tem sobre os atos processuais e as situações jurídicas das partes e do juiz.

Como visto no primeiro capítulo, o processo é um caldeirão onde desponta uma série de vetores fenomenológicos, sócio-culturais e imperativos, com o vértice apontado para os princípios constitucionais e a realização das suas finalidades de justiça. É um falso axioma vincular a publicização, numa relação de causa-e-efeito, com o arbítrio ou com a maior ou menor formalização *a priori* dos atos processuais.

Alias, o próprio processo privado, com origem no processo romano, mas com maior destaque no processo medieval, deu origem a uma série de iniquidades e na prevalência do poder do mais forte sobre o mais fraco.

Daí porque Mauro Capelletti afirmou que a justiça, sob a máscara mistificadora de um processo dispositivo e contencioso, tem alta possibilidade de tornar-se, na realidade, inacessível a muitos, senão à maioria dos que realmente necessitem da intervenção, de fato, do Estado.¹⁸³

Michelle Taruffo, em estudo sobre a relação entre o volume de poderes dos juízes europeus e o poder judiciário italiano, afirma, sem reboços, que não existe qualquer conexão entre os poderes do juiz e a presença de regimes políticos autoritários ou anti-democráticos.

¹⁸¹ LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 35.

¹⁸² Cf., por exemplo, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

¹⁸³ CAPELLETTI, Mauro. Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil: reformas evolutivas na Europa Ocidental e Oriental, In CAPELLETTI, Mauro. Processos, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 360.

Para ele, a diferença não estaria em serem mais ou menos liberais ou autoritários os códigos. A distinção residiria no plano da ideologia, sim, porém na ideologia da função do processo e das decisões que o concluem. Se se entende que o escopo do processo é meramente pôr fim ao conflito individual, o aspecto privatístico se sobressai; tende-se a haver uma postura inerte e neutra do juiz.

Ao revés, para Taruffo, tende o juiz a ter uma postura mais ativa quando a administração de qualidade das decisões é uma das políticas do Estado. Quando a qualidade e a forma das decisões entre as partes extravasa o mero interesse dos litigantes, trata-se a eleição desse modelo, sim, de uma opção ideológica adotada pelo legislador e pelo constituinte.¹⁸⁴

Portanto, razão está com Joan Picó i Junoy quando afirma que não se deve buscar as raízes históricas do fenômeno da ativização do juiz, mas se analisar se dada opção garante soluções mais justas sem sacrificar nenhuma garantia processual. Não se deve politizar, outrossim, uma questão que há de ser discutida sob o viés técnico.¹⁸⁵

Para Salvatore Satta, o formalismo processual não tem qualquer relação com o maior ou menor privatismo no processo, dando-se o exemplo do processo arbitral, dessacralizado, que é nitidamente antiformalista. Não é a publicização que torna o processo formalista. Ao contrário, é o dirigismo estatal que criaria o formalismo excessivo e a burocracia das formas. Nas suas palavras

O formalismo nunca começa e se afirma próprio com o processo público, com a intervenção do Estado para além da sua função natural e essencial, que, aliás, está em perfeita aderência com todas as manifestações de dirigismo estatal,

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 31, n. 133, p. 239-266, mar. 2006.

¹⁸⁵ O processualista espanhol, em sintético porém profícuo ensaio, trata de aplainar as tensões no embate entre a efetividade da tutela judicial e o garantismo, terminando por concluir que o processo justo impescinde de ambos. Cf. PICÓ I JUNOY, Joan. *Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: un dibattito mal impostato*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 197, pp. 193-209, jul. 2011.

necessariamente criador do formalismo: não é o formalismo o mesmo pressuposto conceptual sobre o qual o processo público se funda.¹⁸⁶

Assim, o publicismo, em si, não é antiliberal ou antidemocrático, até porque, dados os influxos metodológicos, os elementos atuais de teoria do direito, a interpretação constitucional a que se sujeita o processo, ele simplesmente humaniza a jurisdição, prestigiando os direitos fundamentais do processo.¹⁸⁷

A falha da corrente instrumentalista é captada, a rigor, por Guilherme Rizzo Amaral

O instrumentalismo não reconhece nas formas, ou no formalismo, a presença de quaisquer valores. Ele prega um método de pensamento por meio do qual o intérprete é encarregado de apreender tais valores (e, para tanto, suas fontes são ilimitadas, partindo da Constituição Federal, mas estendendo-se para o próprio campo social em que vive) e com isso pacificar, com a maior efetividade possível, o conflito que lhe é apresentado. Sua tarefa é “pacificar segundo critérios de justiça”, mas tais critérios não estão definidos nas formas processuais, e sim no seu raciocínio particular.¹⁸⁸

Crítica acerba e precisa foi feita por Calmon de Passos em ensaio já não tão recente. Aponta o processualista baiano que o grande mal causado pela instrumentalidade do processo foi a licenciosidade e anarquismo linguístico no trato do conteúdo da palavra instrumentalidade, dado que não ocorreu o mínimo de racionalidade e consensualidade dogmática no uso da palavra. Daí porque falar em instrumentalidade é utilizar palavra inadequada em doutrina.¹⁸⁹

Às preocupações de Guilherme Rizzo Amaral se unem os anseios de Calmon de Passos, para quem o produto perverso da argumentação sob o esteio da instrumentalidade residiu

¹⁸⁶ SATTÀ, Salvatore. *Il formalismo nel processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, ano XII, n. 4, p. 1141-1158, dez. 1958, pp. 1142-1143. No original diz o autor italiano que “*il formalismo se mai comincia e si afferma proprio col processo pubblico, con l'intervento dello Stato oltre la sua naturale ed essenziale funzione, il che del resto è in perfetta aderenza a tutte le manifestazioni di dirigismo statale, necessariamente creatore di formalismo: se pure non è formalismo lo stesso pressuposto concettuale su cui il processo pubblico si fonda.*”

¹⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 89.

¹⁸⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 34.

¹⁸⁹ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/2001, p. 65.

na quebra do equilíbrio processual entre as partes, hipertrofiando os poderes do juiz e do autor, sem a correspondente contrapartida. Daí porque conclui o autor que aquilo que fora pensado com boas intenções, na prática, se transforma na mão de sicários, transformando o direito processual em artimanha para se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário.¹⁹⁰

Enquanto que o abandono total das formas pré-concebidas é censurável, dado que o respeito a elas tem uma função em si, a deformalização do processo é, também, um horizonte desaconselhável e indesejável, pois delega às mãos do juiz, em uma postura monológica e concentradora, o papel de averiguar, em cada caso, os efeitos e as consequências da técnica aplicada ao caso concreto, pondo em segundo plano a previsibilidade e a confiança das partes no direito escrito e no direito julgado previamente, atentando contra as próprias garantias do processo.

Como disserta Marcelo Pacheco Machado, “a técnica processual pressupõe sua objetividade; é exatamente porque há um padrão, seguro e pré-estabelecido, quanto à correta forma de agir, que o sistema legitima a invalidação dos atos realizados em sua desconformidade”.¹⁹¹ Ausente esse sistema objetivo de hetero-referência, o resultado é o caos.

As formas do processo devem ser compreendidas como um fim para além delas, mas também como um fim em função das garantias do processo. O processo garantista impescinde dessas colocações e do exercício mental, *in concreto e in abstracto*, sobre as consequências da imposição das formas, ou da atenuação das mesmas, em cada caso.

A ativização do juiz não implica o abandono das formas ou anulação da atividade de outros sujeitos. Ao contrário, ordenar o proceso interssubjetivamente, compelindo cada uma das partes a participar ativamente da discussão, é uma forma de garantir a igualdade na influência de de todos no resultado, permitindo uma ordem democrática no conflito. Há, com o formalismo

¹⁹⁰ CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/2001, p. 73

¹⁹¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. A incerteza no âmbito dos recursos: fundamento e conteúdo da regra da fungibilidade recursal. In JORGE, Flávio Cheim *et alli*(org.). Recursos e razoável duração do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 381. A monografia do autor, em grau de mestrado, aprofunda a análise, cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. Incerteza e Processo, USP, 2009.

valorizado pela atividade pró-ativa do juiz, o reforço do papel das partes e demais sujeitos do processo. Segundo Antonio do Passo Cabral,

Em suma, trata-se de uma perspectiva metodológica que carrega a grande virtude de promover um retorno às partes; não de volta ao processo medieval, concebido como ‘coisa de partes’, mas como um retorno comedido e pluralista, que repudia o autoritarismo e o desprezo intersubjetivo, igualando democraticamente o poder.¹⁹²

Em síntese, as críticas, inúmeras, acorreram os estudos doutrinários das últimas décadas, e desaguaram em uma nova forma de pensar o processo, enaltecendo as posições jurídicas das partes, as garantias, cada um dos atos e fatos, e inserindo-os em contexto sobre o qual se lançam juízos de valores constitucionais.

6.1 O momento atual: o denominado formalismo-valorativo

A esse respeito, em acordo com o uma postura diversa adotada na produção e criação das normas procedimentais, cristalizou-se uma leitura diversa do processo, sobretudo no processo civil brasileiro contemporâneo.

Tornou-se necessária, a partir do processo de recepção da legislação infraconstitucional e das decisões com base nela tomadas, a adaptação de uma nova ordem objetiva de valores contida em uma nova Constituição ou numa nova leitura constitucional, subvertendo inclusive entendimentos anteriormente consagrados nos tribunais com base nos mesmos enunciados prescritivos-normativos.¹⁹³ Adotando-se a premissa de que a Constituição é sujeita a mutações, essa releitura é indispensável, sob pena de negar sua força normativa gravitacional sobre todo sistema jurídico.

¹⁹²CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 179.

¹⁹³ MAZZEI, Rodrigo. Os embargos de declaração e o princípio da duração razoável do processo. In OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). Recursos e razoável duração do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 451-453.

Caminha-se num quarto estágio de estudo e aplicação do processo civil, o denominado formalismo-valorativo, que, na dicção de Daniel Mitidiero,

(...) encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados na nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem os princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.¹⁹⁴

Cumprе ressaltar que essa nova fase metodológica do processo civil traz para o âmago das formalidades, dentre ela despontando as técnicas processuais e as posições jurídicas das partes, notas positivas, ao contrário do que tradicionalmente se pensava sobre as formas, que, a despeito de restringir o arbítrio do juiz, dificultariam o trabalho das partes e dos advogados e emperrariam a realização dos fins do processo, dada a burocracia.

Reconhece-se o caráter positivo da formalização, por avalizar a garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, emprestando suporte à segurança, assim como dinamiza a efetividade. E reconhece-se, como característica indissolúvel desse pólo metodológico, o contraditório cooperativo e o permanente diálogo entre as partes, dadas as constantes tensões entre interesses das partes em posições jurídicas contrapostas, as garantias do processo e os fins da jurisdição, reunindo um ambiente que, sem a participação efetiva e intensa das partes, poderia desaguar em arbítrio judicial ou prevalência do mais forte.¹⁹⁵

É bom que se alvitre que o próprio Alvaro de Oliveira, reconhecidamente o autor que sistematizou e organizou o método de abordagem dos atos processuais sob o enfoque formalista-valorativo, identifica o pano de fundo que se coloca na análise em curso

¹⁹⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, p. 47.

¹⁹⁵ O reconhecimento do formalismo-valorativo como uma nova fase metodológica e epistemológica de aproximação do objeto-processo pelo intérprete é festejada e reconhecida em prefácios, escritos por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na tese de doutoramento de sua pena e na tese de doutoramento de Daniel Mitidiero. V. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, prefácio; MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, pp. 9-10.

Como se vê, o âmago do problema consiste na possibilidade de o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo – em vez de servir à realização do direito – contribuir para o aniquilamento do próprio direito ou para um retardamento irrazoável da solução do litígio. Nesse caso, o formalismo se transforma no seu contrário: deixa de constituir ferramenta útil para a realização da justiça material e passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção dele sem julgamento de mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.¹⁹⁶

O vocábulo formalismo, a seu turno, é empregado como sinônimo de forma em sentido amplo. Na pena de Alvaro de Oliveira, o formalismo

(...) mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades, e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.¹⁹⁷

A substância do formalismo, do qual a forma é um dos seus componentes, deve estar fundada em valores reconhecidos pela Constituição Federal, pelas leis do país, pelos usos e costumes e pela praxis pretoriana.

A forma, em si, não tem valor. A forma é apenas o invólucro do ato processual, a maneira como se exterioriza o ato.¹⁹⁸ O que tem valor é a finalidade da forma (boa ou má) e a aptidão que ela tem para assegurá-la.

Chama a atenção Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para o fato de que a doutrina tradicional coloca o problema no contexto dos princípios processuais, sem atentar para o caráter técnico da forma, na medida em que compreensivo de meios empregados para melhorar ou facilitar o alcance de determinados resultados.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

Assim, se determinado instrumento não é considerado precipuamente como meio e, portanto, do ponto de vista estritamente técnico, como elemento norteador da estruturação e organização do processo, então o aspecto técnico tende a ser esquecido e sobreleva a questão de princípio. Exemplifica o autor como a questão de oralidade, por ocasião das reformas que a privilegiaram no processo científico moderno¹⁹⁹²⁰⁰, em que passara a ser um fim em si, na visão da dogmática, independentemente dos seus resultados.

A forma tem ou não justificativa no ordenamento na medida em que ela não seja excessiva ou arbitrária.

Uma observação importante é que, para a análise da serventia da formalidade e da forma, tanto faz seja ela preconizada pela própria lei processual quanto aquela concebida unicamente como norma individual e concreta proferida pelo juiz.²⁰¹

Guilherme Rizzo classifica em dois grandes grupos as formalidades írritas ao processo e, que, portanto, não se justificam perante a Constituição Federal e o ordenamento.

Para o autor, existem as formalidades ocas e as formalidades perniciosas.

O formalismo oco, vazio de valor, sequer revela um valor ou interesse protegido pela formalidade do ato processual. Nenhum dos valores, a não ser que se entenda que o puro prestígio da presunção de legitimidade do ato processual seja um valor, poderá ser visualizado no formalismo oco.

Destarte, é revelado o ato sob forma de formalismo oco quando revele formalismos inúteis para a realização de escopos processuais e para realização desses mesmos valores.²⁰²

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

²⁰⁰ A inserção da oralidade e a sua eficiência é bem tratada, no caráter histórico, com ampla digressão, em CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte em el sistema de la oralidad, parte primera*. Buenos Aires: Platense, 2002.

²⁰¹ PODETTI, Ramiro. *Teoría y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Edijar, 1963.

Nesses casos, o formalismo se mostra indesejado, pois

(...) o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.²⁰³

Exemplo claro de um formalismo oco é o despacho judicial, na forma do art. 331 do Código de Processo Civil²⁰⁴, que determina a intimação das partes para a realização de audiência preliminar, na qual o objetivo principal é a transação de direito, e uma das partes envolvidas é a Fazenda Pública, cujos direitos, em regras, são indisponíveis.

Ou ainda quando o juiz, nesse mesmo momento, determina que se ouçam as partes para falar sobre a necessidade de produção de provas, em circunstâncias nas quais se evidencia, pela leitura da peça inicial e da resposta do réu, que não existem matérias de fato controversas.

São também formalidades ocas os constantes despachos para oitiva das partes envolvidas no processo quando não há, a rigor, qualquer fato novo a recomendar a fala da parte.

A formalidade perniciosa, a outro turno, não decorre de uma formalização inútil de um ato, desapegado da percepção holística do processo e dos valores e interesses caros ao sistema jurídico.

²⁰² AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, pp. 41-42.

²⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 7 - 31, setembro/2006, p. 23.

²⁰⁴ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Nesse caso, os defeitos decorrentes do desvio de formalidade se devem aos problemas de criação e aplicação do direito na verbalização da linguagem do direito empírico, devendo o intérprete, na esteira de Alvaro de Oliveira, atentar para o que segue

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata. Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeadada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade.

(...)

Esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com a generalidade da regra e ainda com fatores fáticos incertos e inconstantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça.²⁰⁵

O formalismo-valorativo tem seu lugar, como paradigma interpretativo, retomando as idéias de Lorenzutti, na percepção dos atos processuais quanto à sua formalização: se conformados ao sistema, serão legítimos; caso, consoante os critérios de interpretação dos valores e princípios presentes no sistema²⁰⁶, induzam a uma apreensão inapropriada do que devem ser no entrechoque entre princípios, a norma processual (derivada do ato processual) padecerá de inegável formalismo-pecnicioso.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 7 - 31, setembro/2006, p. 24.

²⁰⁶ Cf. métodos de interpretação apresentados em capítulo anterior sobre a epistemologia da norma processual, da qual o procedimento é o coletivo e a forma revela a exteriorização do ato.

O formalismo-pernicioso, assim, contamina os atos processuais quando, na visão sistemática, representem uma formalização irrazoável ou inapropriada frente a outras opções que possui o intérprete, o legislador ou o juiz.

Dito isso noutras palavras

Claro, contudo, que a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.²⁰⁷

Justamente aí reside o desafio da doutrina e dos intérpretes. Não se trata, amiúde, de impregnar a técnica processual (*rectius*: forma) de valores, mas de ordenar e estabelecer critérios próprios para a resolução de conflito de valores que possam surgir a partir de possibilidades de eleição, possibilitando a eleição da técnica adequada.²⁰⁸

Dessa forma, em remate, exulta o caráter cultural do direito processual, porque o processo é direito, e direito implica uma verbalização, que depende da linguagem.

A forma como se vocalizam os atos e termos do processo deve responder a uma estruturação fulcrada em valores, notadamente aqueles de tessitura constitucional e cultural²⁰⁹

No dizer de Daniel Mitidiero,

(...) o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para

²⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 7 - 31, setembro/2006, p. 26.

²⁰⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 42.

²⁰⁹ Ressai aqui o caráter cultural do direito em Dworkin, sobretudo no seu viés convencionalista e pragmático. A teoria de Dworkin, de bases essencialmente morais, tem lugar sobretudo na interpretação do formalismo processual, suas matizes, causas e consequências.

sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.²¹⁰

Exemplo de formalismo pernicioso trazido pela doutrina está na exigência de esgotamento da pesquisa de bens do devedor para se deferir a penhora *online* prevista no art. 655-A do CPC²¹¹, sob o fundamento de que o artigo 620 do CPC²¹² erige o princípio da menor gravosidade ao executado.²¹³

Explica a doutrina que a prefalada exigência formal não decorre de qualquer exigência legal expressa, devendo-se a criação pretoriana. E que não se está prestigiando qualquer bem ou valor de maior valia do que a satisfação do julgado, visto que lança o credor a uma busca custosa e, quase sempre, infértil, de bens do devedor, quando a este último é dado a faculdade de apresentar em juízo os bens cuja penhora irá lhe custar menos sacrifício. Ora, à falta de apresentação de bens, e considerando que a execução se faz em favor do credor (art. 612 do CPC²¹⁴), não faria sentido algum vedar o acesso do credor ao numerário do devedor, o qual é o primeiro tipo de bem na gradação legal e cuja constrição em depósitos bancários tem previsão legal²¹⁵, porque não apresentara bens à penhora em juízo.²¹⁶

A grande contribuição do paradigma do formalismo-valorativo, como viés epistemológico e interpretativo-integrativo²¹⁷ do sistema processual, vem do reconhecimento

²¹⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, p. 47.

²¹¹ Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

²¹² Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

²¹³ E.g. RESp 771.838-SP, RESp 892.474-SP.

²¹⁴ Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

²¹⁵ Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

²¹⁶ Esse exemplo, seguido da glosa supra-elencada, é fornecido por AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

²¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, pp. 7 - 31, setembro/2006.

expresso dos valores a ponderar (segurança e efetividade) e do seu permanente conflito, assim como na afirmação do processo como elemento sócio-cultural e, portanto, aberto a outros influxos interpretativos que não aqueles previstos em dados de direito positivo.²¹⁸

O instrumentalismo tem o inegável mérito de aproximar os institutos de direito processual do direito material subjacente, acoplando a ele um arsenal de diversas ferramentas para, realizando os seus escopos, atingir um grau de justiça infinitamente superior àquele presente no processo científico. Como instrumentos desse processo instrumental, apresentou-se a criatividade judicial e a quebra da rigidez formal do processo.

Entretanto,

O instrumentalismo não reconhece nas formas, ou no formalismo, a presença de quaisquer valores. Ele prega um método de pensamento por meio do qual o intérprete é encarregado de apreender tais valores e, com isso, pacificar, com a maior efetividade possível, o conflito que lhe é apresentado. Sua tarefa é “pacificar segundo critérios de justiça”, mas tais critérios não estão definidos nas formas processuais, e sim no seu raciocínio particular.²¹⁹

Já no formalismo-valorativo,

O processo deixa de ser mero instrumento ou técnica, passando a exibir também um conteúdo axiológico que nenhum intérprete pode negar ou deixar de considerar na aplicação das normas processuais ao caso concreto. Fundamentalmente, reconhece-se no formalismo-valorativo a presença dos valores a serem concretizados, enquanto na visão instrumentalista tais valores encontram-se somente no campo social, para serem apreendidos pelo intérprete, que usa o processo apenas como instrumento de concretização.²²⁰

Em recente ensaio Hermes Zaneti Júnior e Camilla de Magalhães Gomes condensaram e cotejaram entre si as principais características do modelo instrumentalista e do modelo formalista-valorativo²²¹

²¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 35

²¹⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 34.

²²⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 46

²²¹ DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). Tutela Jurisdicional coletiva: 2ª série. Salvador: Juspodium, 2012, pp. 315-316.

INSTRUMENTALISMO	FORMALISMO-VALORATIVO
- Modelo adequado ao Estado de Direito tradicional.	- Modelo adequado ao Estado Democrático Constitucional (e ao novo conceito de legalidade, direito e jurisdição que lhe são correlatos).
- No instrumentalismo o processo civil está em pé de igualdade com a Constituição. Insiste-se nos valores da doutrina clássica e na preservação de uma esfera de autonomia teórica em relação ao direito constitucional. Busca-se realizar no processo escopos metajurídicos (social e político), considerados externos, mesmo que relevantes. Ocorre a relativização do binômio direito material e processo.	- Prevalece a constitucionalização do processo (unidade narrativa da constituição em todo ordenamento jurídico). Não existe qualquer óbice formal ou teórico a releitura das normas processuais a partir do texto constitucional. Busca-se realizar no processo a Constituição, reconhecendo a juridicização da política e da democracia que ela representa (indissociabilidade).
- As normas jurídicas do processo figuram como garantias liberais ou sociais, submetidas ao conteúdo jurídico do direito material.	- As normas jurídicas do processo apresentam características próprias da teoria dos direitos fundamentais. Constituem, elas mesmas, direitos fundamentais.
- O fim do processo é a vontade concreta do direito e a realização do direito material (univocidade e finalidade do direito).	- O fim do processo é a justiça, compreendida como pretensão de correção em conformidade com a Constituição.
- O instrumentalismo é assimétrico. O papel mais relevante na relação processual é relegado ao Estado-juiz (topo da pirâmide processual).	- O formalismo-valorativo é colaborativo, determinando também ao juiz deveres como o contraditório (direito de influência e dever de debates). O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do juiz e do réu.
- Entende a jurisdição como centro do processo. Atividade de mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza. Função meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador.	- Entende o processo como centro, ressaltando a função participativa do procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do direito e da jurisdição no modelo do Estado Democrático Constitucional, principalmente no que diz respeito à Revolução Hermenêutica do séc. XX.
- O processo se apresenta como fenômeno marcadamente formal.	- O processo a partir de sua substancialização e a forma não é oca ou vazia, mas preenchida pela ideologia constitucional, afetada pelos valores constitucionais.
- Prepondera a visão do processo para a efetividade, reconhecendo a necessidade de outorgarmos espaço para o processo civil do autor.	- Reconhece a importância do equilíbrio entre as partes, mas avança no sentido de ponderar a adequação do procedimento através de um juízo equilibrado entre a efetividade e a segurança jurídica, como elementos não antagônicos e insuprimíveis do fenômeno processual.

Cumpramos agora analisar, *en passant*, os principais institutos processuais à luz do paradigma do formalismo-valorativo, para fins de investigação do objeto do trabalho.

7. Procedimento e processo

Fazzalari é o autor que trabalha, com originalidade, a idéia de que o processo não é uma relação jurídica²²², com a autoridade e o reconhecimento de haver consolidado a teoria de processo como procedimento em contraditório.

A concepção vetusta, por assim dizer, teimava em absorver o conteúdo do processo no procedimento em si, que representava a soma os atos processuais que compunham o rito de aplicação do direito (e.g. processo judicial conduzido pelo juiz, processo legislativo conduzido pela direção da casa legislativa).²²³

Aroldo Plínio Gonçalves explica em sua monografia que o tratamento dado ao processo como relação jurídica processual é problemático porque arraigado às concepções científicas vigentes individualistas e privatísticas típicas do século XIX. As categorias e institutos ínsitos ao direito privado (faculdades, poderes, deveres, direitos subjetivos) logicamente não correspondem às relações entre as partes e Estado-juiz na condução do processo. Assim, “quando se fala em dever e na posição subjetiva a ele concernente, não se está referindo a uma conduta subjugada a outrem, mas a uma conduta que deve ser observada porque qualificada, pelos cânones normativos, como devida.”²²⁴

²²² Concepção pandectística e oitocentista do processo, inaugurada na obra mais conhecida de Oskar von Bullow, de 1838, que goza de prestígio até os dias atuais, mas que não explica convincentemente a plêiade de relações entre as diversas partes que atuam no processo, nem explica as relações de mútua implicação entre cada um dos atos e suas consequências a partir de institutos presentes na teoria geral do direito (ato jurídico, poder, sujeição, faculdade, direito subjetivo, etc). O primeiro volume da sua obra data de 1976, e Fazzalari cita que Chiovenda e Liebman jamais abandonaram a idéia de relação jurídica, enquanto que Carnelutti reserva ao vocábulo “processo” o fenômeno da mera sucessão de procedimentos. Cf. FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 111. Abandonada essa concepção, que é tratada como clichê por Fazzalari e abraçada pela doutrina contemporânea, resta repensar os institutos processuais, a exemplo das técnicas de prestação de tutela, como o ponto culminante de um procedimento em contraditório. Ver, em trabalho de escol no direito nacional, MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, pp. 63-64. O autor mineiro aponta os estudos de Barbosa Moreira como sistematizadores do tema, e invoca o pioneirismo de Enrico Redenti já em 1936, consolidando-se os estudos naturalmente em Elio Fazzalari.

²²⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 94.

Dessa forma, “faculdades e poderes não significam faculdades e poderes de um titular de direito sobre atos de outras pessoas, mas são prerrogativas que derivam da própria norma e que qualificam o ato do próprio agente em relação à sua própria conduta.”²²⁵

Sem que se perca a solução com as colocações do capítulo anterior, é importante registrar o arsenal conceitual abraçado por Fazzalari

O procedimento se verifica quando se está frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladores de uma determinada conduta (qualificando-se como lícita ou obrigatórias), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora do ato final.²²⁶

Assim, a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas, reguladoras e tendentes a atingir um provimento final, valoradas consoante critérios previstos e valorados nas outras normas.²²⁷

Assim, a finalidade geográfica do procedimento, ou seja, o seu final é a prestação da tutela jurisdicional. Em Fredie Didier Junior tem-se que “o procedimento é o ato-complexo de formação sucessiva, porque é um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a tutela jurisdicional.”²²⁸

Em curtas palavras, resume Guilherme Marinoni “o procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz,

²²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 95. O tema foi abordado no item 4 supra, nos quais se compreende a consequência normativa das posições jurídicas ativa e passiva dentro do processo e sua distinção para as categorias básicas do direito privado. Os capítulos V e VI da obra indicada destrincham explicam a evolução da concepção do processo e seus reflexos sobre as posições jurídicas que refletem para as partes e para o Estado-juiz.

²²⁶ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 93.

²²⁷ A tarefa de valoração, definição, criação e construção da norma jurídica, como já visto aportes anteriores sobre filosofia do direito e teoria geral, é de indiscutível dificuldade. Sua concretização dependerá de influxos interpretativos que estão não necessariamente no texto abstrato da norma (programa da norma em Friedrich Muller), mas sim no âmbito da norma. Daí o papel do intérprete diante do sistema jurídico.

²²⁸ DIDIER JR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 210, pp. 41-56, 2012, p. 43.

deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos.”²²⁹

A doutrina processual do século 19 havia abandonado as preocupações acerca da tutela jurisdicional, que repercutiam em época vinculada ao caráter imanentista dos direitos, para consagrar o polo metodológico do direito de ação ou do processo em si.

O atual momento metodológico da ciência e da praxe processual autoriza o retorno às preocupações humanistas voltadas à prestação útil da tutela processual às pessoas que fazem parte do processo. Nesse sentido, e somente nesse sentido, faz sentido falar em instrumentalidade do processo²³⁰, ou ainda em instrumentalidade técnica do processo, que significa dotar o processo de meios aptos para a consecução de seus fins, ou seja, garantir a tutela às pessoas que dele participam.²³¹

Daí porque se repugna a centralidade do processo na ação, a qual apenas privilegia as posições jurídicas do autor, olvidando-se do réu. O processo vale pelos resultados que proporciona na vida das pessoas ou grupos, e a valorização da ação não é capaz de explicar a vocação tutelar do sistema processual, nem de conduzir efetividade às vantagens desejadas.

No entanto, e sem desperdício da condução levada a reboque no item anterior, o enfoque exclusivo nos resultados do processo faz o aplicador esquecer que o processo conjuga o regramento do exercício de diversas posições jurídicas (*rectius*: formas de exercício de poder), e.g. poderes, deveres, ônus, faculdades, na síntese da jurisdição, da ação e da defesa, devendo ser lembrado que o processo justo é o fim, mas também o é o procedimento e o respeito a todas as posições jurídicas surgidas ao longo das fases do procedimento.²³²

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, pp. 54 - 81, 1996.

²³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, pp. 187-188.

²³² CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 171-172.

Assim, o excessivo enfoque no instrumentalismo do processo e na efetividade conduzia a resultados empíricos enfeitáveis. A mutilação do processo, o qual parecia ser o grande vilão do romance processual, era a tônica²³³, desperdiçando-se toda a dialética e as situações jurídicas de vantagem das partes no contexto do procedimento.

Alvaro de Oliveira, em ensaio recente, põe em xeque a intrínseca relação do instrumentalismo com a teoria dos escopos do processo.

Afirma ele que, além de outras finalidades do processo jurisdicional, satisfaz-se o processo, principalmente, em garantir o direito subjetivo, escopo subestimado pela doutrina brasileira instrumentalista.²³⁴

É justamente em função da assecuração do direito substancial que se revela a instrumentalidade do processo na medida, e nos limites semânticos, que a palavra instrumentalidade deve ter: garantir à parte vitoriosa a tutela jurídica do direito material lesado²³⁵. É a instrumentalidade, portanto, o fundamento remoto do escopo jurídico do processo, logo, relevando-se a intensa proximidade entre o direito material e o direito processual, sobre a qual muitos trabalhos festejados já lograram acolhida no cenário mundial²³⁶ e pátrio²³⁷. Mas a instrumentalidade, como tal, é limitada pelas formas e pelos diversos valores e vetores que povoam o ordenamento, como visto.

²³³ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 172.

²³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, v.37, n.203, p.305-317, 2012.

²³⁵ *Id. Ibid.*, 2012.

²³⁶ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, *passim*. Fazzalari, na monografia, aborda de maneira absolutamente profunda e inovadora a relação entre o direito subjetivo deduzido em juízo – fatos e fundamentos jurídicos – e o instituto da ação, do processo e do procedimento, terminando por concluir, entre outros tópicos, que as alegações, *in status assertionis*, vinculam os poderes e deveres do juiz e orientam as situações das partes. E, embora o juiz não componha diretamente o direito subjetivo, ele rege toda sua atividade em função de buscar uma posição de superioridade imposta numa norma substancial no processo. Essa característica de orientação de todas as posições e situações endêmicas ao processo são denominadas, por Alvaro Oliveira, de *topos* argumentativo do processo, no final servindo de base, se for o caso, para o cumprimento da decisão. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 37, n. 203, pp. 305-317, 2012.

²³⁷ Entre outros, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011; DIDIER Jr., Fredie (Org.) ; MAZZEI, R. (Org.) . Processo e direito material. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. O tema é amplo e de rico manancial, podendo ser analisado sob o prisma de diversos institutos processuais e materiais.

Aliás, o próprio procedimento deixa de ser visto como um *iter* necessário, porém negativo, dados os gastos de tempo e dinheiro na realização dos seus atos, e passa a ser a denominada “espinha dorsal do formalismo”, não sendo um “pobre esqueleto sem alma”. O modelo procedimental é visto como uma série intercalada de normas, da qual a anterior é suporte fático da posterior, porém sem perder de perspectiva que cada um dos atos processuais acarreta a produção de situações jurídicas complexas, trazendo diversos influxos valorativos sobre a situação das partes (atividade, poderes e faculdades do órgão judicial e das partes).²³⁸

O debate, que precede à prestação de tutela, é medido não só como meio, mas também como um dos fins do processo, um valor a ser preservado²³⁹. E esse debate decorre de posições jurídicas que não podem ser sacrificadas em função de resultados úteis ou efetivos.

8. A técnica e seu papel no processo

Cumpra ainda conduzir colocações sobre a técnica processual, suas representações e sua essência.²⁴⁰

Em André Lalande tem-se que a palavra técnica revela duas acepções: é o conjunto de procedimentos destinados a produzir resultados úteis e também os métodos organizados para o atingimento desses resultados e calcados sobre conhecimento científico. Sintetizando, é o conjunto de meios visando um resultado útil e também a forma como se dá a colocação desses meios.²⁴¹

²³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 129-130.

²³⁹ Cf. ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁴⁰ Mostra-se inapropriado resenhar metodologicamente sobre bases essencialistas, as quais foram criticadas em capítulo anterior. Porém, convém lembrar que um mínimo de convencionalismo sobre os conceitos, sobre os signos, sobre as representações e sobre a linguagem deve se haver. Um ponto de partida, para se tentar explicar os fenômenos processuais, é tentar aproximar as glosas dos conceitos convencionalmente aceitos em ciências do espírito, sem a pretensão de mergulhar em uma pesquisa filosófica sobre realidades anteriores (técnica, forma, movimento) e que auxiliam a explicar os fenômenos do processo.

²⁴¹ No original: “*TECHNIQUE (subst.), D. Technik; E. Technics; J. Técnica. – Voir Art*. A. Ensemble de procédés bien définis et transmissibles, destinés à produire certains résultats jugés utiles. (...)B. En un sens plus spécial, proposé par A. ESPINAS en 1890, et actuellement tres répandu, le mot technique se dit particulièrement des*

A técnica, portanto, sob o prisma estritamente léxico, é tanto o contingente quanto o conteúdo. Tanto o resultado da aplicação prática do método quanto a causa remota dos atos. *Mas não é o efeito nem o objetivo*. A própria acepção léxica conduz a um dos problemas fundamentais da lógica jurídica: a ambiguidade da palavra *técnica*.²⁴²

Relaciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira duas acepções secundárias da técnica em plano aplicativo e uma primaz.

Primeiramente, a técnica se oporia à ciência do direito ou dos princípios abstratos, mostrando-se a arte da adaptação dos princípios à vida, às circunstâncias concretas, ao tempo, lugar e matéria.

Em um segundo momento, a técnica relaciona-se com a elaboração jurídica, de toda sorte intelectual, a análise e o desenvolvimento dos conceitos, por meio dos quais se esboçam os conceitos sistematicamente expressos, ou o trabalho de sistematização lógica do esforço combinado pela doutrina e jurisprudência.

A principal, referenciando o escólio de Jean Dabin, relaciona a matéria de direito à sua forma, confiando à técnica a tarefa de colocar em forma adequada uma matéria jurídica, ou, noutras palavras, a técnica jurídica visa ao conjunto de meios e procedimentos através dos quais se garante as finalidades especiais ou gerais do direito.²⁴³

Técnica, em si, é forma em estado dinâmico. É forma organizada-aplicada.

méthodes organisées qui reposent sur une connaissance scientifique correspondante.” In LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie. dixième édition revue et augmentée*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968, p. 1.106.

²⁴² Lembrando que a lógica não é ferramenta apenas do exegeta, mas também do glosador, o qual se vê diante das mesmas dificuldades de linguagem, na sua tarefa de glosa dos textos legais e glosa dos institutos de teoria geral do direito, como é o caso da palavra técnica. A linguagem, e sempre ela, apronta problemas viscerais também para o estudo epistêmico. V. GUIBOURG, Ricardo *et alli*. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

²⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 78-79. A obra de Jean Dabin é o prelúdio de *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, datada de 1935.

Noutra obra, traça Álvaro de Oliveira um paralelo sobre as noções filosóficas de forma, para após afirmar que a forma jurídica é o invólucro do ato processual²⁴⁴, a maneira como deve se exteriorizar, cuidando-se do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração. Afirma serem as formalidades, ou seja, a parte mais pobre do problema das formas.

A forma seria, então, a soma das formalidades com a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos do processo, a coordenação de suas atividades, a ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a serem atingidas suas finalidades.

A tarefa das formas é indicar as fronteiras do início e do fim do processo, circunscrever o material a ser construído e os limites de cooperação e ação das partes no processo, emprestando previsibilidade tanto aos fins quanto aos meios de execução desses fins.²⁴⁵

Como funções da forma, destaca o autor que o formalismo, a par de disciplinar as situações jurídicas e as posições das partes, acaba por limitar o arbítrio do juiz e das partes, reduzindo o poder do Estado e criando uma situação de artificial igualdade entre as partes em homenagem à isonomia e à paridade de armas.²⁴⁶

Ora, as finalidades do processo, como já advertido, são aquelas que orbitam a prestação jurisdicional, prestação essa que deve ser qualificada, obediente aos preceitos constitucionais e procedimentais vigentes.

A finalidade da técnica, sob os auspícios do formalismo-valorativo, embora imediatamente guarde a mesma proposição eficaz em relação aos outros paradigmas

²⁴⁴ E ousamos aqui dizer: da soma dos atos processuais em cadeia.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 7 - 31, setembro/2006, pp. 7-9.

²⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p.10.

metodológicos, epistemológicos e históricos, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional, incorpora outros valores e objetivos constitucionais.²⁴⁷

Ao direito contemporâneo a forma e a técnica devem ser estribadas na ordem jurídica justa, nos valores materiais e imateriais que granjeiam espaço no sistema vigente, sob o risco de se deslegitimizarem como instrumentos de justiça.

A história é instrumento valioso para que o jurista inventarie a intensidade da tipificação, ou não, da previsão mais ou menos abstrata dos fatos-espécies em normas gerais e abstratas, ou ainda a concessão de maior liberdade conformativa à autoridade condutora de processos de decisão, e essa mesma história faz-se testemunhas das implicações práticas dessa medida de atribuição de discricionariedade, cujas consequências podem ser medidas pelo maior ou menor sucesso na consecução dos fins do processo constitucional e democrático.

Dessa relação de vinculação de aptidão é que se podem medir a adequabilidade da previsão prévia e abstrata das formas técnicas aos fins jurídicos a que se dirigem.

As normas jurídicas individuais que redundam nas técnicas formalizadas em processos, informadas pela dinâmica do processo enquanto fenômeno cultural do seu tempo²⁴⁸, imprescindem, na sua construção, nas vertentes morfológicas e semânticas, da prova-real através de um teste jusfilosófico, a crítica reflexiva das partes envolvidas e da reconstrução, numa postura *dworkiniana*, do ordenamento jurídico como todo, agregando elementos sociológicos, a exemplo dos enfoques político e social da jurisdição²⁴⁹, internalizando-os no processo de debate dialógico anterior à construção dos sentidos pela linguagem²⁵⁰, que derivará na concretização²⁵¹ do direito – revelação da forma jurídica, ou sua ausência, e da técnica processual adequada.

²⁴⁷ A etiologia de imbricação da tutela com os fins do processo incluem finalidades *para* o processo, que poderão ser melhores compreendidas em item *infra*.

²⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, pp. 19-36, mar/2003.

²⁴⁹ Na visão de Dinamarco na sua monografia sobre a instrumentalidade processual, cf. *op. cit.*

²⁵⁰ Relembrem-se aqui as breves pinceladas sobre semiótica, linguagem, norma-objeto e sujeito-cognoscente.

²⁵¹ Referenciam-se aqui as lições de Friedrich Muller

9. Tutela Jurisdicional e a técnica do procedimento

A tutela jurisdicional consiste no resultado da atuação jurisdicional sobre a situação conflituosa levada ao juiz, nas palavras de Eduardo Talamini, sendo certo que a tutela jurisdicional socorrerá o autor quando concordar com o pedido do autor, e guarnecerá a esfera jurídica do réu quando rejeitar o pedido do autor.^{252 253}

Pelo pioneirismo no direito brasileiro, rendem-se homenagens²⁵⁴ a Cândido Rangel Dinamarco em estudos discorridos acerca da tutela jurisdicional em meados das décadas de 80 e 90. Primeiramente avaliando a noção de jurisdição e de processo sob os novos ares metodológicos e constitucionais²⁵⁵, e após sistematizando e construindo uma dogmática segura e sólida acerca dos principais caracteres, assumida a mudança de postura metodológica, da tutela jurisdicional.²⁵⁶

Para Dinamarco, tutela jurisdicional é o socorro que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo, providenciando a melhoria da situação de uma pessoa, de um grupo ou de uma coletividade, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Importa, pois, a garantia de sensações de felicidade por parte do Estado.²⁵⁷

É importante frisar que a tutela jurisdicional é reservada não só ao momento ápice do processo, o provimento final, mas também às tutelas relativas à concretização de um dever

²⁵² TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 54 - 81, 1996.

²⁵⁴ Esse pioneirismo é o ponto de partida de estudo denodado de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que realiza copioso trabalho de compilação da doutrina brasileira no tema. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 104.

²⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 104-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, pp. 54 - 81, 1996.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.

(satisfação interina ao processo) e à aplicação das sanções decorrentes da inobservância, futura ou presente, desse mesmo dever.²⁵⁸

Bedaque assim define: “tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.²⁵⁹

Bedaque põe em destaque a vinculação de tutela jurisdicional ofertada ao fim do processo (*rectius*: procedimento em contraditório), sem se olvidar de mencionar que parcela da doutrina vincula o manuseio e a decidibilidade do direito material ao tema de tutela jurisdicional.

Dinamarco discorre sobre o ponto

A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas. No processo executivo, a tutela só haverá quando o titular do direito tiver obtido o bem desejado. No cognitivo, o momento tutelar depende da espécie de cride jurídica a debelar e, portanto, da natureza da sentença que acolhe a demanda do autor. As crises das situações jurídicas e as de certeza são desde logo debeladas pela própria sentença (constitutiva ou meramente declaratória, conforme o caso), dando-se desde logo a tutela, mas as de adimplemento perduram depois da sentença condenatória e a tutela efetiva só poderá advir como fruto do processo de execução (tutela *ex intervallo*). O serviço jurisdicional que vem a culminar na tutela é o fator que, pela sua própria natureza e pela concreta positivação do poder em que se resolve, confere o caráter de dinamismo à tutela jurisdicional (em confronto com a tutela estática residente nas normas abstratas).²⁶⁰

²⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, pp. 54 - 81, 1996. A questão das crises será retomada brevemente por ocasião da distinção das formas de tutela cognitivas.

Alvaro de Oliveira afirma que o mais apropriado é falar em defesa ou proteção do patrimônio jurídico. Reconhece o autor os méritos da visão humanista de Dinamarco sobre o fenômenos, porém afirma que a tutela jurisdicional não pode se divorciar do fenômeno jurídico e cultural que o cerca, relevando os interesses do meio ambiente e do patrimônio imaterial coletivo.²⁶¹

A discussão parece ganhar foros de relevo quando se percebe que os autores que defendem o oposto acoplam, dentre as hipóteses de prestação de tutela jurisdicional, as hipóteses de julgamento de demanda sem resolução de mérito.²⁶²

Entretanto, a nosso ver, seja numa seja noutra senda, o provimento jurisdicional, ainda quando não tenha resolvido o mérito, terá como veículo uma ação judicial, que, inobstante rejeitada liminarmente, desencadeou o direito público subjetivo, titularizado pelo réu, de não ser molestado na sua órbita jurídica, porque a demanda não detinha os mínimos requisitos para admissibilidade e julgamento.

Quer se queira chamar tal situação jurídica do réu, consistente em um direito público, quando colocada em potência (quanto proferido provimento judicial que lhe é favorável), de prestação de tutela jurisdicional ou quer não se queira, o fenômeno identificado tem os mesmos predicados de uma decisão de prestação de tutela: é o ponto culminante (último ato) de um procedimento (processo em contraditório, ainda quando não se tenha citado a parte ré) e que deverá ser cumprido, no plano dos fatos, eficazmente, se alguma providência isso demandar (e.g. retirada do nome do demandado do cartório distribuidor de ações). Isso porque quem vai ao poder judiciário deseja não só a sentença favorável, mas também, sobretudo, o resultado concreto do processo, o qual pode não coincidir estritamente com aquilo pedido, ou pode ser que sequer haja sentença, e que o provimento lhe empreste proteção meramente instrumental.

²⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 107-108.

²⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44. Bedaque cita os autores Donald Armelin, Geisi Bidart, Flavio Luiz Yarshell, Ada Pelegrini Grinover e Ovidio Baptista como partidários dessa concepção.

A temática palmilhada cobre uma infinidade de possibilidades, por assim dizer, e circunscrever as hipóteses teria pouca serventia, senão para limitar aspectos procedimentais importantíssimos, e que revelam direitos-deveres do Estado (e direitos subjetivos das partes), no que tange à efetivação das tutelas (visto que a compreensão da tutela seria limitada).

Lúcido o recurso, em matéria de hermenêutica, aos paradigmas citados por Ricardo Lorenzetti, dentre eles o paradigma da proteção ao hipossuficiente e o paradigma do acesso aos bens materiais, os quais restariam prejudicados, por força de capricho, limitando um dos corolários importantes do direito de ação (direito de prestação de tutela eficiente),

O encadeamento de atos processuais, oriundos de normas concretas proferidas pela autoridade constituída, constrói o procedimento.

O estuário do procedimento deságua sempre em um provimento, tenha ele cunho de mérito, tenha cunho estritamente processual, que contentará certamente, em maior ou menor medida, pelo menos uma das partes.²⁶³

Dinamarco reconhece que os julgamentos de extinção anômala do feito, sem resolução de mérito, garante ao demandado alguma sorte de proteção tutelar do Estado, embora em menor intensidade. Divisa o autor a tutela plena, quando o Estado declara o direito em favor de um dos autores²⁶⁴, e a tutela de menor intensidade, quando o processo é extinto.

Afirma o autor que a sentença extintiva, seja no processo executivo seja no processo de conhecimento, alforria o réu, ainda que provisoriamente, de ser incomodado e inquietado pelos desígnios da parte contrária. Decisão dessa estirpe neutraliza o desgaste social e econômico

²⁶³ Muitas vezes, por óbvio, um provimento que importa atraso da prestação jurisdicional, ou que importe prestação de tutela equivocada ou consoante fundamentos equivocados, é indesejado por ambas as partes. Uma, porque deixou de ter a tutela pretendida. A outra, porque a teve, mas de forma equivocada, visto que esperava um outro tipo de provimento (e.g. fundamento legal equivocado, julgamento sem mérito quando se esperava um julgamento de improcedência). Entretanto, em alguma medida a esfera jurídica de alguma das partes estará em situação vantajosa em relação àquela situação imaginada pela parte contrária como ideal, e nisso reside a tutela jurisdicional, cuja satisfação pode ser pleiteada pela parte que foi parcialmente satisfeita.

²⁶⁴ A tutela é sempre dada em favor de uma das partes, e não em favor de direitos. A tutela vinculada a um sujeito de direito, e não a uma posição jurídica. V. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 54 - 81, 1996, item 11.

representado pelo processo e pelos seus custos.²⁶⁵ E afirma que “proteger a esfera jurídica da pessoa contra as incertezas decorrentes de futuras demandas é também ministrar-lhe tutela jurisdicional, na medida do imenso valor que tem a certeza jurídica na vida das pessoas.”²⁶⁶

A estrutura lógico-formal é essa: norma abstrata; norma concreta, ato processual, procedimento, provimento. Como resultado dessa dinâmica surgem as posições jurídicas ativas e passivas, conforme já exposto supra, e o resultado útil do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional, ou seja, uma das formas da tutela do direito material, concebendo-se na concessão do bem da vida ou na negativa em conferi-lo a outrem.²⁶⁷

Dinamarco vislumbra uma escalada de situações jurídicas estudadas pelo processualista, cujo ápice é a tutela jurisdicional. Os passos dessa escalada iniciam-se na mera faculdade de ingresso em juízo, passando pela ação, seguindo até o efetivo provimento de mérito e finalmente chegando até a tutela jurisdicional. Remata o autor, então, que só teria direito a tutela jurisdicional plena aquele que, ultrapassados todos requisitos de admissibilidade e julgamento da ação, tiver razão perante o direito material.

Perfilhadas tais premissas, ao autor que tem a pretensão julgada contra si, ou que solicitou a tutela executiva e a teve negada, ou ao réu, que se defendeu com maestria, mas teve rejeitada sua defesa de rito ou de mérito, nunca se concedera a tutela jurisdicional.

A explanação de Dinamarco neste pormenor, se adotada como certa, redundaria, por fim, na consagração do *diritto a aver torto* concebido por Chiovenda para ironizar as teorias abstratas da ação por ocasião dos escritos da escola científica italiana.^{268 269}

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 54 - 81, 1996, item 12.

²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 106.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, pp. 54 - 81, 1996.

²⁶⁹ A escola científica de processo civil rompe com o praxismo metodológico reinante, até então, na centúria anterior, trazendo uma visão processual neutra, com a figura do juiz equidistante. É considerado como marco da inauguração da escola científica de processo, cujos pilares estão intrinsecamente enraizados no processo civil brasileiro do século

Alvaro de Oliveira sintetiza e limita as fronteiras da tutela jurisdicional, ao dizer que a tutela não se confunde com o exercício da jurisdição; que prestam tutela tanto os órgãos jurisdicionais quanto os órgãos autorizados pelo Estado a fazê-lo, como os juízos arbitrais; há tutelas mesmo em julgamento de improcedência; há tutelas auto-satisfativas, que independem de providências posteriores (constitutiva e declaratória) e tutelas que dependem de outras providências (condenatórias, mandamentais e executiva em sentido amplo).²⁷⁰

Os efeitos da tutela jurisdicional são bem captados por Ricardo de Barros Leonel

Pode-se concluir com algumas ponderações: (a) o art. 5º, XXXV, da CF/88, é o fundamento tanto do direito constitucional de ação como do direito à tutela jurisdicional; (b) a tutela jurisdicional decorre do exercício do direito de ação, mas não se confunde com ele; (c) o conceito de tutela jurisdicional identifica-se com proteção resultante do processo, outorgada pelo Estado-juiz ao litigante vencedor; proteção essa que se projeta tanto no plano jurídico (proteção do patrimônio jurídico) como no plano prático (entrega do bem da vida, resultado concreto do processo para o vencedor).²⁷¹

Ou, nas palavras de Marinoni, “o procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outras palavras, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos.”²⁷²

O procedimento, sequência ordenada de atos processuais, em concordância lógica, visando atingir o fim do processo – finalidade de prestação da tutela jurisdicional²⁷³ – é,

XX e nos dois códigos de processo, a famosa conferência de Bolonha, proferida por Chiovenda em 1903. Para um panorama desse momento histórico, CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da *prolusione* de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 38, p. 57-70, mar/2013.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108.

²⁷¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: RT, 2010, p. 17.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

²⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 15. Bedaque lembra que James Goldschmidt afirma peremptoriamente que o objeto do processo é a própria tutela jurídica, cuja pretensão é constituída pelos elementos da relação material. A temática é complexa.

inegavelmente, uma técnica, ou seja, uma, dentre tantas outras, formas de se arranjar, de se disciplinar e de se amarrar as normas de competência e normas de conduta indissociavelmente ligadas ao provimento jurisdicional e à tutela jurisdicional que dele haure substância e origem.

A essa observação não se opõe a teoria dos escopos do processo, que trata naturalmente de outros elementos, com abordagem multidisciplinar, sendo bastante importante na compreensão da magnitude constitucional do processo, no seu valor axiológico e na sua interpretação constitucional, donde se retomam as idéias de Dworkin e Lorenzetti.²⁷⁴ O momento metodológico é outro, no entanto. As formas e a técnica também têm valor-função.

Mauro Capelletti situa precisamente o módulo no qual os objetivos do processo passaram a guiar a própria arquitetura dos institutos processuais, a fim de satisfazer os objetivos do processo.

Segundo ele, o Código de Processo Civil austríaco de 1895, gestado sob a batuta de Franz Klein, representa a consagração e a revalorização do papel do juiz e da técnica a serviço dos propósitos. Para ele, “a definição ‘kleiniana’ do processo civil como ‘*wolfsahrtseinrichtung*’ (instrumento de assistência social ou do bem-estar social), uma instituição (ou instituto) concebida para promover o bem-estar coletivo, é significativa.”²⁷⁵

²⁷⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, pp. 179-188. Apresenta o autor interessante contraponto entre a teoria dos escopos metajurídicos do processo, introduzida no Brasil por Candido Rangel Dinamarco, e a metodologia de abordagem do direito processual civil, terminando por concluir que a obra do autor é eminentemente sociológica, ou ainda pré-jurídica, trazendo para o campo do processo civil elementos que integram, na verdade, a ordem social e teoria do Estado, posto que apresenta uma concepção de jurisdição política, e não jurídica. Assim, a “pacificação”, e “pedagogia”, a “paz social” e a “afirmação do poder do Estado” seriam conceitos e finalidades, antes de tudo, do Estado e do poder constituinte. V. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

A semente da concepção de que a jurisdição possui escopos é semeada por Franz Klein, advogado e professor austríaco que, nomeado secretário ministerial do Ministério da Justiça em 1891, foi incumbido de uma reforma na legislação processual para adequá-la às legislações sociais da sociedade industrial nos fins do século XIX: “Em sua clássica conferência proferida em Dresden em: 9.11.1901, intitulada *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse* (correntes do tempo e do espírito no processo), ele sugere necessidade da presença mais acentuada do juiz na condução do processo, haja vista o enorme significado (escopo) político, econômico e social que ele possui.” Cf. COELHO, Dierle Nunes. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83.

²⁷⁵ CAPELLETTI, Mauro. Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil: reformas evolutivas na Europa Ocidental e Oriental, In CAPELLETTI, Mauro. Processos, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 359.

O fenômeno se alastrou para as legislações dos demais países europeus à medida que a legislação individualista e liberal, que deixava o processo como um assunto das partes, sofreu declínio de prestígio, e a dinâmica das relações sociais exigia que o processo deixasse de ser neutro, enquanto fim, buscando dotar seus institutos de resultados tais que agreguem e representem os valores do seu tempo.²⁷⁶ Eis surgente o gérmen da abordagem do processo como enfeixado em diversos escopos.

À semelhança dos procedimentos, os diversos tipos de provimentos, dentre eles as sentenças e as decisões interlocutórias, nada mais representam do que técnicas pelas quais o direito processual soluciona os diversos casos conflitivos postos em jogo.²⁷⁷

Reflete na pena de Francesco Carnelutti a idéia de que prover significar fazer o que seja necessário. Então, o provimento é uma das espécies do ato jurídico, paralelo ao negócio jurídico, constituindo ambos o exercício de um poder, mas dele se distanciando porque o poder exercitado, no provimento, não é um direito subjetivo, mas um poder-dever.

Assim, provimento, em Carnelutti, tem uma acepção muito mais substancial do que formal, sendo um fazer (proferir decisão sobre questões que interfiram no litígio ou o resolvam) para composição do litígio, o qual se concretiza no exercício do poder.²⁷⁸

Observação corrente do autor peninsular é a de que o provimento não se confunde simplesmente com a sentença ou com a decisão interlocutória, posto que somente pode se caracterizar provimento aqueles decisões que versem sobre questões do litígio, esclarecendo o autor que as questões aí remitidas não são apenas as questões atinentes à causa de pedir, podendo

²⁷⁶ CAPELLETTI, Mauro. Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil: reformas evolutivas na Europa Ocidental e Oriental, *In* CAPELLETTI, Mauro. Processos, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 366.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

²⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 240.

ser quaisquer questões(*rectius*: controvérsia) internas ao processo, tais como decisão sobre instrução probatória, entre outras.²⁷⁹

A técnica, repita-se o que já dito em item anterior, nada mais é do que uma escolha, dentre tantas outras possíveis, da maneira como vai se conduzir a solução de demanda do mundo da vida que se coloca à frente do Estado-juiz.

Se essa demanda visar obter uma sentença, a técnica se imbrica com a escolha adequada do procedimento e do tipo de provimento.

Porém, tutela não é técnica. É o resultado do provimento. No magistério de Alvaro de Oliveira, “a tutela emanada do juiz constitui o exercício de poder, representando assim valor, pois implica efeito jurídico, e todo efeito jurídico é valor condicionado”, de onde importa dizer que as formas de tutela jurisdicional não podem ser confundidas com as técnicas (*rectius*, provimentos definidores de atos processuais) que possam ser empregadas para uma melhor realização da tutela jurisdicional deferida.²⁸⁰

Por isso que o autor leciona

A técnica nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois, como meio e instrumento, concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar por esclarecer se são boas ou más. Apreciar os méritos dos fins do indivíduo constitui problema ético, não técnico. (...) As formas de tutela não podem, portanto, ser consideradas meras técnicas, pois constituem exercícios do próprio direito, enquanto positivamente de poder do Estado. Mais ainda, a regulação

²⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 242. A nosso ver, embora Carnelutti não expressamente trate das questões relativas à efetivação da tutela jurisdicional, as decisões judiciais que proporcionam a satisfação do julgado, criando normas concretas e individuais para prestação de tutela *in concreto*, tem, sim, natureza de provimento judicial, posto que decidem sobre o litígio executivo, ou seja, sobre um “lide de pretensão insatisfeita”, para utilizar uma linguagem *carneluttiana*. V. *Op. Cit.*, p. 248. Aliás, nesta mesma passagem, o autor faz alusão ao provimento executivo, donde se deduz que nada obsta a transposição da categoria dos provimentos para o tema da presente monografia.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91.

desse exercício assim como o próprio ato de vontade do representante do Estado, que é ato do homem-juiz, é embebida de valores.²⁸¹

No mesmo sentido a doutrina italiana contemporânea distingue, com altivez, a forma de tutela, que é a tutela definida em abstrato em relação a uma determinada necessidade, e a técnica, que concerne aos instrumentos concretos destinados a realizar a necessidade.²⁸²

Se a demanda posta em juízo envolve a jurissatisfação de um direito material inadimplido, esteja ela cumulada ou não à prolação de um provimento de sentença, a técnica será naturalmente destinada a construir e propiciar condições hábeis e lícitas para que o bem da vida seja fruído por quem tem razão. *A técnica será chamada a atender a tutela, e não o contrário.*

Necessário, ainda, se fazer uma digressão sobre o *modus operandi* na construção dos provimentos e na prestação da tutela exigida pelo ordenamento.

Como bem lembrado por Marinoni, o procedimento não é a técnica processual propriamente dita. O procedimento é apenas uma das técnicas processuais destinada a permitir a tutela dos direitos, mas não a única.²⁸³

Já se viu, em momento anterior, que a contemporaneidade repugna o sincretismo metodológico e a eleição de um único método, sem possibilidade de falseamento posterior, ganhando prestígio a multidisciplinariedade e a utilização sucessiva, em caráter lógico, e não simultânea, de diversos métodos para uma aproximação entre observador e objeto nas ciências dos espíritos.

Daí que se vê que, embora o fim possa ser o mesmo, o resultado da técnica pode assumir diversas maneiras, a depender da coordenação entre os métodos de testagem.

²⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

²⁸² A diferenciação deve-se a Adolfo di Majo, na obra *La tutela civile dei diritti*, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92, p. 79.

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

A crise da técnica jurídica remonta ao apogeu das luzes e do positivismo na ciência do direito no século 19. Enquanto a ciência do direito construía e trabalhava um arsenal racional, os procedimentos de criação da lei e aplicação das normas, inclusive de processo, não constituíam objeto de preocupação do pensamento dominante. Seu espaço estava reservado aos praxistas, considerados ultrapassados e cuja atividade exalava somenos relevo.²⁸⁴

Assim, sob o império do tecnicismo, no alvorecer dos grandes códigos, no domínio da forma e do rito, o procedimento de aplicação do direito era matéria restrita aos práticos²⁸⁵, circunstância alterada a partir do cientificismo que, nada obstante tenha alçado o processo a um patamar de ciência autônoma, relegou a segundo plano o estudo das tutelas e da prestação do bem da vida.

Em suma, a prestação das tutelas devia reverência, em um primeiro momento, ao que preconizava o direito material perseguido em juízo e, num segundo momento, deixou de ser preocupação do processualista. O cerne fora a teoria da ação, ou ainda as preocupações sobre o objeto do processo, as quais têm inegavelmente seu lugar de estudo no direito processual sem que se ofusquem a temática das tutelas.

Por isso que, para Carlos Alberto Alvaro de Olivera, “o processo não é meramente instrumental, pois revela um valor próprio, ao estabelecer as formas, inclusive as formas de tutela, com que pode tornar efetivo o direito material, e ainda a eficácia e os efeitos próprios da atividade jurisdicional.”²⁸⁶

Ao estabelecer as formas do procedimento e a consequente técnica, há, aí, uma decisão genuinamente política, no seu sentido mais nobre, que não pode ser ignorado pelo aplicador diante dos influxos instrumentalistas em sua vertente arbitrária.

²⁸⁴ O instrumentalismo não é uma idéia nova, mas sim o conteúdo, o alcance e os efeitos do instrumentalismo processual. *cf.* CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 55 *et seq*, abril/2001.

²⁸⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, pp. 32.34.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 37, n. 203, pp. 305-317, 2012.

A adoção de uma ou outra técnica passa a servir não pela técnica em si, mas pelos fins a que ela se propunha a cumprir e para zelar pelos predicados do sistema jurídico, justamente no sentido dado ao sistema por Recasens Siches.²⁸⁷

Capelletti, em tom lamentoso, registra que “o processo civil tem sido, tradicionalmente, considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência; e como mera técnica o processo civil tem sido geralmente estudado e ensinado”.²⁸⁸

Exaspera o autor contra os estudos superficiais, sem o devido cuidado com as premissas filosóficas, políticas e ideológicas, assim também com as consequências do seu exercício irrefletido.

Então, assevera ser indispensável que o processualista tome consciência de que nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesma, e que nenhuma técnica jurídica é ideologicamente neutra. Portanto, para ele

O processo não é pura forma. É a ponta de choque de conflitos, de ideais, de filosofias. É o “Cabo das Tempestades”, onde a rapidez e a eficiência devem confluir e entrelaçar-se com a justiça; é também o “Cabo da Boa Esperança”, onde a liberdade individual deve enlaçar-se com a igualdade. O processo é, na verdade, o espelho fiel de todas as maiores exigências, problemas e missões de nossa época.²⁸⁹

Convém, porém, chamar atenção para o fato de que nem todas as formas têm finalidade específica com vistas à tutela jurisdicional que deve, ou não, ser conferida ao fim do processo, conforme o paradigma do formalismo-valorativo defende. Somente o processo ético as tem.

Destarte, a técnica que corresponda à realidade vivente da justiça atual, a uma prática do justo processo, é técnica que se assemelha e se afina com a formalização virtuosa.²⁹⁰

²⁸⁷ cf. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970.

²⁸⁸ CAPELLETTI, Mauro. Aspectos Sociais e Políticos do Processo Civil: reformas evolutivas na Europa Ocidental e Oriental, *In* CAPELLETTI, Mauro. *Processos, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 364.

²⁸⁹ *Id.*, *Ibid.*, p. 371.

²⁹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004, p. 8.

Somente será justo o processo cujas técnicas e formas procedimentais observem os requisitos mínimos do processo civil ético. Da técnica dependerá a avaliação qualitativa do processo.

10. O devido processo legal e o formalismo contemporâneo

Foi visto que a concepção contemporânea despreza a técnica processual desprovida de sentido, porque o processo é instrumento ético, preocupado com resultados justos.

O direcionamento das formalidades processuais, então, deve ter conteúdo. A forma é apta ou não para atingir o seu fim. Entretanto, o é com base em alguns princípios e com fulcro nas técnicas de interpretação normativas extraídas do sobredireito pós-moderno.²⁹¹

Ao examinar uma técnica de efetivação de tutela, o juiz deve recorrer à aplicação do princípio-raiz do devido processo legal, a fim de verificar se a forma / técnica está acorde com o ordenamento e com o paradigma metodológico eleito.²⁹²

Dentro desse marco teórico, verificar-se-ão as vantagens da forma rígida ou flexível da técnica, os valores processuais envolvidos e as interconexões da sua decisão com os demais princípios do sistema e os demais fatores epistemológicos envolvidos.

No magistério de Alvaro de Oliveira

No fundo, o princípio do devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo processual; o formalismo excessivo (em que as partes perigam soçobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos.

Aspecto importante, substrato mesmo do princípio em análise, concerne à igualdade. É preciso atentar, porém, para que a igualdade entre as partes não seja

²⁹¹ V. Parte 1 da monografia.

²⁹² CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 183.

apenas formal, mas também material. Para esse efeito, a expressão e o próprio conceito aí implicado de igualdade de armas mostram-se altamente significativos.²⁹³

O princípio do devido processo legal possui uma larga carga conotativa, aberta, caudatária de uma extensa rota evolutiva.

Em que pese alguns autores extraírem-lhe raiz no alto medievo, é quase que consensual a idéia de que o devido processo legal teve seu germen na Magna Carta, em 1.215, ocasião em que os nobres e donos de terra, na Inglaterra, obrigaram a coroa inglesa a firmar um pacto de não interveniência da monarquia em aspectos respeitantes às liberdades públicas, tais como tributação, confisco de terras, escravatura, entre outros.

De valor prático mais elevado era o artigo 39, que dispunha que nenhum homem seria privado de sua liberdade ou de seus bens sem um julgamento perante seus pares ou consoante as leis do país.²⁹⁴ Nos países da *common law*, ficou conhecido esse preceito como *law of the land*, verdadeira norma de sobredireito, posto que exigia o julgamento sob as leis previamente estabelecidas na localidade.²⁹⁵

Fato é que o devido processo legal foi legado aos contemporâneos, dentro do caldeirão principiológico, sob os auspícios da supremacia constitucional e mediante padrões metodológicos e epistemológicos os mais diversos, sem que se pudesse ser reduzido a uma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais, transformando-se em postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do poder público se compatibilizem com o direito justo.²⁹⁶

Antonio do Passo Cabral afirma, nesse bosquejo, que o devido processo legal possui aberturas para a verificação flexível em cada caso concreto, habitando várias garantias e nele

²⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

²⁹⁴ Rico historiograma sobre o nascimento e o desenvolvimento histórico e comparado do devido processo legal se encontra em YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42 et seq.

²⁹⁶ CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 103.

coexistindo diversos valores e vetores²⁹⁷, donde se conclui ser um sobreprincípio ou ainda um postulado normativo-aplicativo, que regula a aplicação e a interpolação, em cada caso concreto, dos diversos princípios e interesses em disputa.²⁹⁸

A bem da verdade, a doutrina e a jurisprudência, a par dessa viagem histórica pela qual passou o princípio do devido processo legal, passaram a reconhecer nele os pressupostos procedimentais de uma tomada de solução justa mediante o processo.

O direito brasileiro agasalha a cláusula na Constituição Federal, no seu artigo 5º, LIV, garantindo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Vê-se que o conteúdo linguístico, outrossim, é muito similar à *law of the land* do medievo inglês, embora seu conteúdo normativo tenha assumido ares de veras amplos.²⁹⁹

Nesse diapasão, divide a divisa, dentro do que se convencionou tratar por devido processo legal no Brasil, a coexistência do devido processo legal formal com o devido processo legal substancial.

Nesse primeiro aspecto, o *procedural due process of law* consubstancia as garantias constitucionais do processo ou que dele são decorrentes.³⁰⁰

Nesse leque de garantias inafastáveis, a doutrina costuma incluir o contraditório e a ampla defesa, a igualdade processual, a publicidade, o dever de motivação, a vedação de provas

²⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 184.

²⁹⁸ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan/mar. 1999. A tese do autor pressupõe um estudo aprofundado sobre os diferentes matizes e o conteúdo da funcionalidade do devido processo legal na sua forma aplicada.

²⁹⁹ A Itália, cuja ascendência histórica sobre o direito processual brasileiro escreve, até hoje, um intenso diálogo travado no direito comparado, apenas positivou a cláusula do devido processo legal na sua Constituição em 1999. Nesse país, porém, reconhecia-se a plena incorporação ao ordenamento interno dessa cláusula por força do artigo 6º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem de 1950, e sua interpretação dada pela Corte de Estrasburgo, de modo que a inserção do princípio como elemento fundante do processo tem história bem mais longa do que no direito pátrio. Com detalhes, TARZIA, Guiseppe. *L'art 111 Cost. e le garanzie europa del processo civile*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, n. 103, pp. 156-174, julho-setembro 2001.

³⁰⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

ilícitas, o juiz natural, o direito de ação, a inafastabilidade da jurisdição, a imparcialidade do julgador, dentre outros.³⁰¹

Já o devido processo substancial foi legado pela criatividade da Suprema Corte Norte-Americana, já que, a partir da década de 20 do século XX, passou-se a decidir que “uma lei não poderia ser considerada *law of the land* quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária”.³⁰²

Siqueira Castro observa a interpenetração de filosofia nas decisões – *stare decisis* – dos tribunais norte-americanos no século XX, conformando e limitando o exercício de poderes e as arbitrariedades do poder público.³⁰³

Em outras palavras, o aspecto material não trata do procedimento necessário a que alguém seja privado de seus bens e sua liberdade, e *sim da própria possibilidade*, em si, desse resultado.

É a aplicação da *equity* inglesa³⁰⁴, da qual se abeberou o direito norte-americano para, em autofagia construtiva, unir o princípio da legalidade (*rule of law*) com o da razoabilidade(*reasonableness*), para fins de controle das condições de validade da generalidade dos atos normativos públicos.³⁰⁵

A razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade, entre outros elementos jurídicos indeterminados, representam o conjunto de *standards* empíricos através dos quais se realiza um

³⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16. ed. rev. e atual. Sao Paulo: Malheiros, 2000, pp. 82-85.

³⁰² CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 45.

³⁰³ *Id.*, *Ibid.*, p. 43.

³⁰⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

³⁰⁵ CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 61.

exame da arbitrariedade, ou não, de uma norma específica em vistas dos interesses e valores em jogo.³⁰⁶

Nesse passo guarda imenso manancial interpretativo a cláusula do devido processo legal, que permite “escancarar as portas da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica dos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar”³⁰⁷, servindo de papel de manual de instruções na averiguação do entrelaçamento entre valores subjacentes às técnicas procedimentais.

Siqueira Castro, em feliz síntese, afirma que o devido processo legal opera a verdadeira interdependência das normas constitucionais, pelo que a sua aplicação e a criação de qualquer ato do poder público, técnica, forma ou ainda a omissão propositada em não criá-la, deve tributo ao devido processo legal, tanto no seu aspecto substancial quanto procedimental.³⁰⁸

Diz Comoglio que se o processo fosse justo simplesmente porque regulado pela lei, a garantia constitucional esbarraria na primeira barreira protetiva, assumindo um significado puramente formal³⁰⁹, em virtude do que se exige a combinação de ambos elementos, formais e espirituais, para a realização do processo, do procedimento, dos atos processuais e sua formalização.

³⁰⁶ O tema é palpitante e extenso. Embora não seja objeto de análise na presente monografia, tem todo relevo a construção dogmática elaborada por Robert Alexy sobre a extração constitucional e a aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade. V. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2001. Na doutrina nacional desponta a tese de Humberto Ávila, segundo a qual o princípio da proporcionalidade representa um princípio oculto e decorrente do sistema, e não revela propriamente um princípio, e sim um postulado normativo-aplicativo, através do qual os demais princípios serão aplicados e confrontados na criação da norma jurídica concreta. V. ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. No que toca à aplicação e interpretação do princípio da proporcionalidade na resolução das querelas entre valores e princípios ínsitos à efetivação de tutela, V. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, pp. 79-92; GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: RT, 2003. No direito luso, percuciente abordagem se lê em DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 29 *et seq.*

³⁰⁷ CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 61.

³⁰⁸ *Id.*, *Ibid.*, p. 399.

³⁰⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004, p. 57.

Comoglio registra, em outra obra, que a flexibilização formal e o redirecionamento valorativo das formalidades não importam a aniquilação das garantias processuais decorrentes do devido processo legal, tanto no viés procedimental quanto no aplicativo-material.

O processo não é justo porque seu procedimento é regulado analítica e exaustivamente pela lei, e tal predicado sequer é nota distintiva e ínsita ao processo justo. Se assim fosse, a garantia constitucional esbarraria na primeira barreira, assumindo significado superficial e extrínseco.

Não deixará de ser considerado justo também o processo que encontre na lei uma disciplina escassa e sintética, em serviço da celeridade, da simplificação e da deformalização, confiando ao juiz os poderes discricionários de direção e de impulso, a critério das características das situações processuais configuradas.

Na lavra de Comoglio, as garantias constitucionais do processo hoje são caracterizadas como garantias mínimas, cujos pressupostos genéticos remetem à justiça natural, aos direitos do homem e à tradição histórico-evolutiva do instituto,³¹⁰ assumindo uma feição de direito como integralidade.³¹¹

³¹⁰COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo civile in Italia e in Europa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, pp. 97-158, jul./ago. 2004. No original destacam-se os seguintes excertos, cuja síntese está assinalada no corpo do texto: “*Inoltre, nel nuovo art. 111 [a referência se faz ao artigo da Constituição italiana que consagra a garantia do dovuto processo legal/ non è chiaro se il ‘processo’ possa già reputarsi di per sé ‘giusto’, solo perché sia comunque ‘regolato dalla legge’ (1.º comma), oppure se esso possa e debba considerarsi tale, solo in quanto la sua ‘regolamentazione per legge’ realizzi appieno le condizioni previste nel 2.º comma, facendo sì che qualsiasi processo si svolga ‘nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale’, con garanzie ‘legali’ di ‘ragionevole durata’.* Neppure è chiaro, d'altronde, se l'esigenza che il ‘giusto processo’ sia comunque ‘regolato per legge’ (1.º comma) dissimuli una normale ed estrinseca ‘riserva di legge’, escludendo di conseguenza – sul piano delle fonti - che esso possa mai essere disciplinato da atti regolamentari (come, ad es., accade in Francia) od anche da rules of court scaturite dal rule-making power del potere giudiziario (come, ad es., avviene nei sistemi processuali angloamericani), oppure identifichi una ‘riserva’ intrinseca e contenutistica, imponendo alla legge medesima di disciplinarlo compiutamente ed analiticamente (soprattutto, nei rapporti fra i poteri delle parti e il ruolo del giudice o nella predeterminazione dei termini e delle forme entro cui gli atti processuali debbano essere compiuti).

(...)

Se il ‘processo’ fosse di per sé ‘giusto’, solo perché ‘regolato dalla legge’ (cioè da norme ordinarie, promulgate dal potere legislativo, e non anche da norme regolamentari amministrative o, peggio ancora, da norme elaborate dal rule-making power degli stessi giudici), la portata garantistica Del concetto costituzionale si arresterebbe alla prima (e più esterna) barriera protettiva, assumendo un significato puramente estrinseco e superficiale.

(...)

As formas de que tratam e sobre a qual espraíam efeitos, a rigor, é que são variáveis e relativizáveis à luz das situações observáveis em cada caso concreto.³¹²

Na seara executiva, Marcelo Lima Guerra apresenta um passo-a-passo, abeberando-se das lições de Alexy, para afirmar, em ousada postura, como se aplica a regra da proporcionalidade

- a. o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva;
- b. o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sem que tal restrição – a qual melhor caracterizasse, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva, não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venham a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva;
- c. o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites

Tali condizioni o componenti essenziali rappresentano, a loro volta, talune garanzie minime, necessarie e sufficienti perché il 'processo' che le rispetti o le attui possa definirsi, appunto, 'giusto', 'equo' e 'dovuto'. La stessa tradizione storico-evolutiva del due process of law, sfociata nell'elaborazione internazionale del processo 'equo', è ferma nel ricondurre, entro il suo âmbito concettuale, una serie di garanzie minime (quali, ad es., l'adequate notice, il right to counsel, il burden of presenting and producing evidence, la confrontation), o, come si dice nel linguaggio tedesco, una serie di Mindestgarantien coessenziali ad un fairees Verfahren, cui presupposti genetici risalgono alla natural justice, ricollegandosi, più modernamente, ai diritti inviolabili dell'uomo, che lo Stato di diritto non crea né costituisce, ma ha il dovere di 'riconoscere' e di 'garantire' (art. 2 Cost.).

(...)

Occorre, allora, prevenire ogni equivoco possibile. Anzitutto, non può certo dirsi 'giusto' solo quel processo che - al pari di quanto si constata per il processo di cognizione ordinaria - trovi nella 'legge' una regolamentazione analitica e (tendenzialmente) completa delle diverse situazioni di diritto, di potere e di dovere, in esso configurabili, nonché una preconstituita e 'canalizzata' scansione di forme, di preclusioni e di tempi per il compimento degli atti processuali in cui quelle situazioni, di volta in volta, si traducono. Ma, simmetricamente, non rischia di essere considerato, in quanto tale, 'non giusto', e quindi solo per questo incostituzionale, quel diverso processo che, lungi dall'essere analiticamente regolamentato, trovi invece nella 'legge' una disciplina assai scarna e sintetica all'insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d'ufficio, di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate.

(...)

Qualsiasi 'processo' (o modello e tipo di 'processo') è (o può essere) 'giusto', solo se ed in quanto la 'legge' vi abbia previsto o comunque 'regolato' un'adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coessenziali, che (in base all'art. 111, 2.º comma) si intendono all'uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti."

³¹¹ Na linha dworkiana de pensamento do direito-objeto.

³¹² CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 184.

impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.³¹³

São exatamente essas situações, técnicas de prestação de tutela, que se pretende pôr em exame, mormente no projeto do novo código de processo civil, a fim de identificar a sua legitimidade diante do panorama formalista-valorativo.

11. Valores em choque no formalismo-valorativo: efetividade vs segurança

Alvaro de Oliveira é preciso ao afirmar que

pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.³¹⁴

Desse modo, por trás de tais princípios constitucionais, todos eles pautados pelo princípio-raiz do devido processo legal, estão valores ou princípios-matrizes: a segurança e a efetividade.³¹⁵

Com a ponderação desses dois princípios-valores do processo civil, tão caros ao formalismo-valorativo (segurança e efetividade), mediante as circunstâncias do caso concreto, se busca o processo justo.³¹⁶

Comoglio assevera que a constante mínima do devido processo formal exige pelo menos um mínimo de regulamentação do procedimento pela lei em sentido estrito.

³¹³ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 103-104.

³¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 113, pp. 9 - 21, mar/2004, p. 10.

³¹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 47.

³¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 113, pp. 9 - 21, mar/2004, p. 19.

Nas suas palavras, não se caracteriza como justo processo aquele que tenha uma regulamentação analítica e tendencialmente exaustiva das situações de direito, de poderes e de deveres, bem como uma previsão rígida de formas.

E, por outro lado, também, não seria adequado um processo que encontrasse na legislação uma disciplina genérica e vaga, em razão de necessidades de celeridade, deformalização e simplificação de rito, legando ao poder discricionário de direção do juiz a determinação da maioria das formalidades processuais, a variar segundo as características das situações processuais configuradas.³¹⁷

Trata-se exatamente do embate e o equacionamento entre os princípios da segurança e da efetividade, na medida em que um processo dessacralizado desrespeita um mínimo de previsibilidade, enquanto que uma regulamentação minudente e específica, embora traga uma dose maior de segurança às partes, acaba por cair num risco elevadíssimo de inefetividade e de inaptidão para a salvaguarda dos direitos materiais em jogo.

Exatamente nesse sentido que leciona Alvaro de Oliveira sobre as razões para regulamentação do procedimento em equilíbrio com ambos vetores axiológicos

Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.³¹⁸

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, já aconselha o adágio popular. Entretanto, não se deve confundir a maior ou menor liberdade de discricionariedade judicial com a atribuição de um papel mais ou menos inerte e ocioso.

³¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004, p. 59.

³¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 113, pp. 9 - 21, mar/2004, p. 17.

Como redige Daniel Mitidiero

Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece como algo irreversível, sendo essa uma posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz, um componente essencial do modelo cooperativo de processo.

(...) porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais.³¹⁹

Evidente, posto que tanto numa postura instrumentalista quanto formalista-valorativa, a posição do juiz é ativada por deveres os mais variados. A opção ideológica, como visto, demanda a postura ativa do juiz na medida dos seus poderes.

Essa abundância de poderes, para Michelle Taruffo, tem como freios a atuação do contraditório entre as partes, e a necessidade de que o juiz redija uma motivação analítica e completa, racionalmente estruturada sobre bases controláveis.³²⁰

De mesmo modo, advoga Comoglio que a lei outorgue ao juiz a função primária de assegurar ao procedimento uma regulamentação concreta e elástica, para se adequar ao caso concreto, por meio de poderes discricionários, definindo a legislação *ex ante* a regulamentação das formas derivadas do *mínimo* processo justo.³²¹ Trata-se do outro freio à atuação voluntarista do juiz.

Importante também que, ao revés do que comumente se imagina, tem-se que o formalismo constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança jurídica. Para Alvaro de Oliveira, a efetividade decorre do poder organizador e ordenador das formas, e a

³¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, pp. 99-100.

³²⁰ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 31, n. 133, pp. 239-266, mar. 2006.

³²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004, p. 373.

segurança deriva do poder disciplinador, o qual somente faz sentido se direcionado a uma finalidade virtuosa³²², representando um formalismo virtuoso.

Destarte, como aponta a doutrina, a efetividade, para o formalismo-valorativo, represente apenas a aptidão do processo em cumprir sua função, pura e simplesmente, desinteressando os resultados, se bons ou maléficos.³²³

Isso porque o processo pode ser efetivo (atingir seu fim), mas se revelar pernicioso, porquanto à sua formalização escapou o respeito aos outros valores caros ao processo.

É certo, assim, que o processo poderá ser efetivo, porque as formas dos atos procedimento-técnicos foram efetivas, e ainda sim criar resultados injustos. Não se quer nem prestigiar a efetividade a qualquer preço, tampouco salvaguardar a segurança e sacrificar a efetividade. Na realização do direito e na construção de técnicas processuais, há que se ter um meio-termo.

Denomina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o princípio da segurança e o princípio da efetividade de fatores externos do formalismo, donde emanam diversos subprincípios e vetores interpretativos: a realização da justiça material e a paz social (ligados aos fins do processo) e, d'outro lado, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do processo (face instrumental em vistas do primeiro grupo).³²⁴

Já Guilherme do Rizzo Amaral, também oriundo da escola de direito processual civil sulina, dissecou os princípios da efetividade em subprincípios: efetividade propriamente dita, celeridade, economia processual, simplicidade e aproveitamento e tutela específica do direito.

³²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

³²³ Há verdadeiro contraponto entre a perspectiva instrumentalista e a perspectiva formalista-valorativa sobre o conteúdo do valor efetividade. Enquanto que para o instrumentalismo a efetividade se realiza quando o processo atinge todos os seus escopos institucionais, para o formalismo-valorativo a efetividade é bastante mais restrita, representando apenas a menor parcela do que representa para o instrumentalismo. V. AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 49.

³²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 77-93..

E o princípio da segurança é por ele descortinado nos seguintes: previsibilidade, respeito ao direito positivo, confiança legítima, estabilidade das situações jurídicas e busca pela verdade.

Ensina Guilherme Amaral que o intérprete há de levar em conta todos os elementos presentes em ambos pólos, de modo a não reduzir ao mínimo a realização dos valores efetividade e segurança, na verificação, aplicação, interpretação e criação da formalidade jurídica.³²⁵

Em suma, o valor justiça representaria a consecução da atuação da vontade concreta da lei, equivalente, na dicção de Rizzo, à idéia de efetividade propriamente dita e à idéia da busca pela tutela específica *in natura*.

A efetividade também se vincula ao direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88), não sendo suficiente apenas se abrir as portas do judiciário, mas se deve garantir, tanto quanto possível, uma tutela eficiente, efetiva e justa, sem dilações indevidas ou formalismos excessivos.³²⁶

Nesse pormenor, enquadra-se o próprio mote da celeridade processual, que “consiste num valor cuja importância se acentua à medida em que avança o processo em definição da norma jurídica concreta, atingindo seu ápice no momento seguinte ao que aquela norma se torna definitiva (trânsito em julgado da sentença)”.³²⁷ A efetividade do processo é coirmã da celeridade, mas “não pode ser confundida com precipitação”.³²⁸

³²⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, pp. 47-78.

³²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 87.

³²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 54.

³²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide(art. 285-A do CPC): procedimento, recursos e outras questões processuais. In Flávio Cheim *et alli*(org.). Recursos e razoável duração do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 137.

Na gradação da razoabilidade da duração do processo, a doutrina utiliza um conceitual³²⁹ dado pela Corte Européia dos Direitos do Homem, por meio de seus inúmeros julgados, a fim de se verificar se as causas da demora são razoáveis ou irrazoável, bem como o tempo que se deve esperar *ex ante* para a duração de cada processo.

Considera a Corte que a avaliação deve ser dada em cada caso concreto, levando-se em consideração a complexidade do tema versado na causa e o comportamento dos sujeitos parciais e imparciais do processo.³³⁰

Disso se percebe que a celeridade, garantindo a todos a duração razoável do processo e os meios que propiciem celeridade na tramitação, tem seu ápice na formulação de técnicas e formas visando ultimar o desfecho da tutela do bem jurídico prometido em título executivo.

Nas palavras de Comoglio

Não poderá nunca haver um processo justo, qualquer que seja o nível técnico das suas garantias estruturais, se não existem também instrumentos idôneos para assegurar uma duração média razoável, porque, como todos sabem, uma justiça retardada equivale, por si só, sem meios termos, a uma justiça substancialmente denegada.³³¹

Adverte Alvaro de Oliveira que uma efetividade virtuosa não poderia ser substituída pela efetividade perniciosa, ou seja, a qualquer custo, símbolo de uma mentalidade preocupada

³²⁹ Trata-se de princípio e típico conceito jurídico indeterminado, cf RODRIGUES, Marcelo Abelha. Prolongamento da litispendência, recursos e duração (ir)razoável do processo: a quem interessa retardar a tutela jurisdicional? In JORGE, Flávio Cheim *et alli*(org.). Recursos e razoável duração do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 373. É ferramenta linguística de que se utiliza abundantemente o projeto do código de processo civil, convidando-se o leitor à leitura de item infra.

³³⁰ *Id.*, *Ibid*, p. 373. Em amplos aspectos, Zagrebelsky salienta a densificação, assimilada depois pela doutrina européia, do conteúdo do princípio do devido processo a partir da jurisprudência da Corte Européia dos Direitos Humanos e das condenações impostas aos Estados-Membros. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.

³³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004, p. 8. O original do trecho segue: “*Non potrà mai aversi un processo giusto, quale che sia il livello tecnico delle sue garanzie strutturali, se non esistano anche strumenti idonei ad assicurargli una durata media ragionevole, poichè, come tutti sanno, una giustizia colpevolmente ritardata equivale da sé sola, senza mezzi termini, ad una giustizia sostanzialmente denegata.*”

com estatísticas judiciárias, e que relega os valores fundamentais do processo a um segundo plano.³³²

Como efeitos e módulos secundários da efetividade, Rizzo Amaral cita ainda a simplicidade das formas e a economia processual, de modo que os atos formalmente imperfeitos poderiam ser aproveitados por motivos de economia de tempo, bem como as formas devem ser tão simples quanto o necessário para a realização a contento das suas finalidades.³³³ E esse viés, corolário da adaptabilidade das formas, se une a concepção de que exortação à paz social por meio da adaptabilidade das formas, a ser contrabalanceada, segundo Alvaro de Oliveira, como um dos subtipos de efetividade.³³⁴

Segurança prestigiaria a igualdade e a legalidade, exortando o intérprete a não inovar despropositada e desarrazoadamente fora das decisões exóticas ao sistema.³³⁵ Não deve a jurisprudência inovar quando sequer foi dada oportunidade às partes de se manifestarem.

Não significa a manutenção da ideologia do imobilismo social, o que fora proscrito na filosofia pela superação do convencionalismo e do realismo jurídico.³³⁶

Alias, a própria manutenção do direito legislado e da presunção de legitimidade dos atos do poder público é um imperativo muito mais pragmático (daí porque sua observância gera efetividade e, por via reflexa, é justa) do que ético em si. A dignidade do direito empírico, longe de representar um virtuosismo, serve como amparo para a igualdade dos cidadãos perante o direito, e a crença na validade e na previsibilidade dos comportamentos comumente realizados de acordo com o direito.

³³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

³³³ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, pp. 50-51.

³³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.

³³⁵ *Id. ibidem*, p. 79.

³³⁶ V. primeiro parte da monografia.

Tal fator retro-alimenta o elemento de confiança legítima do cidadão na norma posta, outro dos corolários da segurança jurídica.

Tem também o viés de atingir a uniformidade na aplicação do direito, atraindo o escopo político do processo (respeito ao direito objetivo), consoante preleciona Alvaro de Oliveira.

É fundamental, portanto, que a aplicação da lei processual seja previsível, ou então ao menos que as partes envolvidas a tenham discutido previamente³³⁷, a fim de se evitar a surpresa e as decisões solipsistas e arbitrárias.

Por fim, como corolário da segurança, mas também como corolário da efetividade, encontra-se a estabilidade das situações jurídicas, a recomendar a formalização, ou não, das técnicas processuais.

As situações jurídicas ocorrem como consequência das normas processuais oriundas de atos processuais. São elas estáticas e particulares a dadas circunstâncias. “No processo, as situações jurídicas devem tender à estabilidade”³³⁸, posto que criam uma justa expectativa nas partes em relação às quais surtem, e permanecerão surtindo, efeitos intra-processo e para fora do processo.

A desconsideração das situações jurídicas criadas (e.g. uma preclusão para oitiva de parte; reprodução de abertura de vista dos autos para esclarecer ato *prima facie* que revela engodo processual) destitui de legitimidade o andamento dos atos processuais, e, logo, o invólucro desses atos, além de depor contra a própria efetividade do processo, retardando a marcha processual e a prestação de tutela, e renovando a realização de atos processuais já aperfeiçoados no passado.

Outrossim, restam vinculados os pressupostos para a análise das técnicas, e suas formalidades, de efetivação de tutela no projeto de código civil, com aporte filosófico, teórico e

³³⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 58.

³³⁸ *Id. Ibidem*, p. 72.

de direito processual, diante da quadra metodológica denominada formalismo-valorativo, no qual se vêem diversos interesses em choque.

Parte III

TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O FORMALISMO-VALORATIVO

12. Do velho ao novo: os códigos de processo civil, panorama de *lege lata* e tendências

Convém iniciar o capítulo apresentando a estrutura montada na legislação atual para as formalidades e técnicas reservadas à efetivação de tutela.

Buzaid inicia a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 73 com a paradigmática frase de Chiovenda: “Convém decidir-se por uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um progresso sério.”³³⁹

Era nítida a dúvida que angustiava o espírito do então Ministro Buzaid: revisar ou elaborar um novo Código; como alcançar o progresso científico sem abrir mão das conquistas implementadas?

Prosseguindo suas reflexões, Buzaid se lança a externalizar as preocupações da comissão incumbida de elaborar a peça legislativa, equilibrando-se entre as metas da conservação das instituições bem sucedidas, de modo a tornar menos traumática a transição, e da inovação, para remediar os males percebidos durante a vigência do diploma a ser substituído.

Embora o edifício legislativo cuja construção se avizinhava viesse a revogar quase por completo o código de 39, Buzaid não se inibe em reconhecer que o resultado se daria na manutenção das estruturas-mestras e na adoção de institutos retificadores experimentados noutras tradições jurídicas.

³³⁹“*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*”, em livre tradução da frase de Chiovenda utilizada na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. cf. BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73, publ. no DOU de 02.8.72.

Na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem desapareço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.³⁴⁰

Manteve o novo código o espírito e inovou ao adotar confessadamente estruturas de direito positivo que, embora tecnicamente diversas, empilhavam-se sobre um ideário liberal, mas de forte controle ideológico estatal³⁴¹, verificado em diplomas processuais europeus nascidos no séc. XIX e da primeira metade do séc. XX (alemão, austríaco, português e italiano).

Marcelo Abelha Rodrigues contextualiza o momento histórico de surgimento de tais monumentos legislativos e sua influência sobre o CPC de 1973:

Impulsionados pela necessidade de valorizar a propriedade e a liberdade dos cidadãos, e a partir daí a igualdade e o acúmulo de riquezas, a característica mais marcante de um Estado Liberal é justamente o papel não intervencionista do Estado. (...) Do ponto de vista das ciências jurídicas, é mais do que evidente essa postura adotada pelo legislador, especialmente quando se tomam para análise os grandes códigos que marcaram essa época.³⁴²

³⁴⁰ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73, publ. no DOU de 02.8.72, pp. 2-3.

³⁴¹ É interessante notar que, apesar de consagrar a ideologia liberal, os códigos processuais pátrios impunham um juiz forte e ativo, embora amarrado às imensas formalidades que existiam nos códigos. O juiz se sobrepunha ao papel das partes na condução do processo, porque já se sabia que o processo exercia um importante papel social. Nunca chegou a vingar no século XX os rasgos privatistas adotados nos países do *common law*. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: RT, vol. 1, pp. 1079-1090, out.2011. As idéias adotadas em *terrae brasilis*, já a partir de 1939, são confessadamente inspiradas em rasgos publicísticos nascidos no código austríaco social-liberal de 1895, da lavra de Franz Klein, no qual, segundo Franco Cipriani, os códigos muniam o Estado com instrumentos de controle social seu sobre o cidadão. Cf. RAMOS, Glauco Gumerato. *Actual debate en el procesalismo brasileño: garantismo o activismo?* Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 221, p. 381, junho 2013. O tema será retomado quando se tratar da maior ou menor formalização dos atos processuais no Estado contemporâneo e o projeto do código de processo civil, sendo indispensável se adiantar que não se pode vincular a maior ou menor participação e atuação judicial com maior ou menor arbítrio e autoritarismo estatal, ou ainda violação de garantias e direitos das partes, dependendo tal verificação da análise de uma série de outros fatores. Para uma panorâmica sobre os mitos e a real coordenação entre o papel ativo do juiz, o maior ou menor formalismo do processo e a estrutura ideológica subjacente ao Estado no qual se desenrola o processo, v. SATTA, Salvatore. *Il formalismo nel processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè, ano XII, n. 4, p. 1141-1158, dez. 1958.*

³⁴² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil: teoria geral : premissas e institutos fundamentais, relação jurídica: procedimentos em 1. e 2. graus : recursos : execução : tutela de urgência. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 10.

A despeito do espírito liberal que ornava o processo civil científico àquela altura e a execução por via de consequência, o código de 1973 não se descurou de mesclar institutos que prestigiavam a segurança (centro axiológico do Estado liberal) com institutos que se propunham a garantir justamente a efetividade da jurisdição, em harmonia com o valor justiça, em seu espectro defendido pelo formalismo-valorativo.

Interessante recorte nos traz Flavio Cheim Jorge sobre o valor das técnicas utilizadas no Código de 1973 (*rectius*: formalismo virtuoso)

O Código de Processo Civil de 1973 procurou criar técnicas jurídicas de efetividade e segurança.

(...)

No nosso código podemos encontrar, como exemplos de técnicas de segurança, a remessa necessária; o duplo grau de jurisdição; a coisa julgada; a citação pelo oficial de justiça no processo de execução; a inexistência de efeitos da revelia quando se tratar de direitos indisponíveis; a nomeação de curador especial ao revel citado por edital, etc. Mas podemos ver também exemplos de técnicas de efetividade, tais como o julgamento antecipado da lide; o procedimento sumário, os efeitos da revelia; e até mesmo procedimentos diferenciados, tais como o mandado de segurança, etc.³⁴³

De fato, vislumbra-se, para tomar emprestada a expressão desse autor, um “clima de tensão” entre os postulados da efetividade jurisdicional, sobretudo no cumprimento a contento das decisões judiciais, e os demais postulados do devido processo legal que se tocam à defesa do réu e ao respeito às suas garantias fundamentais.

A filtragem constitucional, cultural e ideológica, no enfoque multi-epistemológico propugnado por Bonaventura Souza Santos e consoante a idéia *dworkiana* de direito como integridade, alia o convencionalismo do direito empírico do código legislado com as necessidades *in concreto* das partes e do Estado, tipicamente pragmáticas, porque voltadas para necessidades práticas de fins do processo, a serem balizadas pelo juiz na condução dos atos.³⁴⁴ O código em vigor experimentou tal fenômeno.

³⁴³ JORGE, Flávio Cheim. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 114, pp. 301-312, 2004, p. 302.

³⁴⁴ Vide parte I do trabalho.

Não é a sucessão de direito processual legislado no tempo, de caráter empírico (empirismo kelseniano), que cria e instaura um modelo de construção do procedimento, e suas formalidades técnicas, consoante um ou outro paradigma.

É o modelo constitucional do processo, poroso aos aportes filosóficos e culturais de uma época, a contemporaneidade, que direciona o leme e os desafios da técnica processual ante as necessidades práticas.

O legislador constitucional, cioso das necessidades de ordem prático-cultural, editou a Emenda à Constituição n. 45/2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal³⁴⁵, em um contexto de uma série de reformas processuais na execução e no processo civil em geral, que se iniciaram em 2000 e em 2001.

No plano infraconstitucional, a Lei 10.358/01 modificou o rito da perícia e, principalmente, estabeleceu a positivação do termo “provimento mandamental”, impondo como dever das partes seu fiel cumprimento, sob pena de multa, conforme art. 14, V, e parágrafo único; a Lei 10.444/06 modificou o procedimento da tutela antecipada, para cumprimento de obrigação de dar e fazer e não fazer, agilizando, em suma, o procedimento, e conferindo poderes maiores ao juiz. A lei 11.187/05 conferiu nova disciplina aos agravos retido e de instrumento; a lei 11.232/05 estabeleceu novas regras para o cumprimento de sentença; a lei 11.276/06 alterou parcialmente o sistema recursal; a lei 11.277/06 criou o artigo 285-A no CPC, tratando de sentenças em processos repetitivos; a lei 11.280/06 alterou vários dispositivos do Código, sobressaindo-se a regra que permite ao juiz pronunciar, de ofício, a prescrição; a lei 11.382/06 alterou diversos dispositivos relativos à execução e efetivação de decisões judiciais³⁴⁶; e a lei 11.418/06

³⁴⁵ A emenda constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, constitucionalizou e trouxe para o elenco do art. 5º a necessidade da duração razoável do processo, a celeridade, criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, além de ter acrescentado diversos dispositivos ao regramento constitucional da organização judiciária e do processo visando criar mecanismos de controle administrativo sobre os Tribunais e estimular a efetividade processual, no sentido dado pelo formalismo-valorativo.

³⁴⁶ Entre outros mecanismos, a referida legislação aboliu algumas formalidades (e.g. exigência de cópia autenticada e da comprovação de endereço de citando), permitiu registro de ação executiva em matrícula de bens tão logo proposta a execução, para fins de resguardo do credor em face de terceiros adquirentes; consolidou a legislação sobre a denominada penhora “online” de numerário; impôs à parte devedora o dever de colaborar com o juízo, sob pena de mandamento, para identificar seu patrimônio para fins de cumprimento de obrigação de pagar; retirou dos embargos do devedor o efeito suspensivo automático, sendo-lhe autorizado a concessão *ope judicis* apenas; autorizou que o

regulamentou a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Posteriormente, a lei 11.672/08 estabeleceu a sistemática para o julgamento de recursos especiais repetitivos (STJ) e a lei 12.322/10 transformou o agravo de instrumento contra decisão que não admite os recursos especial e extraordinário em agravo nos próprios autos.

Adotou-se viés nitidamente afeiçoado com o valor efetividade, girando o pêndulo em função da maximização dos vetores da efetividade em detrimento das técnicas que tinha suporte na segurança das relações.

Novamente, o mote explícito fora a simplificação, a celeridade, a produção de resultados no menor tempo possível, a resolução expedita dos feitos, a redução de custos e a credibilidade da justiça.

Em 2009, o Senado Federal, por meio do Ato do Presidente nº 379/2009, compõe uma comissão de juristas para discutir e apresentar, perante a casa legislativa, um novo código de processo civil.

Finalmente, em 2010, em comissão presidida por Luis Fux, é apresentado o texto do anteprojeto do novo código de processo civil³⁴⁷ para discussão pública, precedida de mensagem de apresentação e exposição de motivos e sucedida por atas de diversos foros de discussão pública sobre o embrião de lei.

Calha ressaltar que texto substituto do projeto referido já foi aprovado em comissão especial na Câmara dos Deputados, em data recente, com alterações pontuais, sem alteração do espírito dos dispositivos ora apresentados, tampouco da sua exposição de motivos.³⁴⁸

próprio executado pague parceladamente, no prazo dos embargos e independentemente de anuência do credor, em até seis vezes o valor da obrigação de pagar, após o depósito, à vista, de 30% do valor da obrigação.

³⁴⁷ Projeto de Lei do Senado 166/10, que tramitou na Câmara sob o nº 8.046/10. <Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acesso em 06.08.13>.

³⁴⁸ Conforme recentemente noticiado em mídia nacional, em votação datada de 17.07.2013, v.

<http://www.oabrij.org.br/noticia/81393-Comissao-especial-da-Camara-aprova-parecer-do-projeto-do-novo-CPC>

Primeira observação que se faz é que o direito processual civil encontra-se, a esta altura, desagregado, senão organicamente, mas topologicamente, em uma série de diplomas legislativos esparsos, que careciam de identidade e organicidade maior, tratando-se de um dos principais expressos fundamentos para a elaboração de um novo diploma.

O fenômeno é idêntico ao ocorrido com a legislação civil há aproximados dez anos, ocasião em que houve a aprovação do código civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) após hiato de quase cem anos entre a edição do código anterior e o atual, interregno durante o qual surgiram vários microssistemas estanques de direito privado,³⁴⁹ a exemplo do direito processual (legislação de processo coletivo, dezenas de procedimentos especiais, entre outros).

O avizinhamento da aprovação de um novo código de processo civil poderia ser chamado, na esteira de como já denominou Francisco Amaral, de *recodificação* do direito processual civil, no qual se busca a ressystematização legislativa do sistema processual e no qual

“(...) é preservado o material constante do código anterior que estiver atual e aprovado pela sociedade; (2) admitem-se no corpo do macrosistema contribuições legais já previstas em outros diplomas e sedimentadas no sistema; (3) prestigiam-se as soluções encontradas na jurisprudência consolidada e decorrente de debate doutrinário.”³⁵⁰

Conforme idéias trazidas por Rodrigo Mazzei nessa obra, o maior legado de um novo código residiria, alfim, na sedimentação dos institutos e soluções já aprovadas, na criação de uma estrutura orgânica, que permitiria interpretação móvel em pontos cruciais. Não se trataria de singelo reagrupamento de idéias, mas reorganização estrutural da codificação, facilitando a

³⁴⁹ Afirma Francisco Amaral que o direito privado, em fenômeno que podemos importar também para o direito processual, passou por um momento de sistematização no século XIX, com as grandes codificações, produto do juracionalismo e da concepção do direito em sistema, como conjunto unitário e coerente de princípios e normas. Porém, em momento de hiato, ocorre uma desagregação do direito codificado e o surgimento de microssistemas jurídicos. AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 119-120 e pp. 152-153.

³⁵⁰ MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In ARRUDA ALVIM, Manoel; ALVIM WAMBIER, Thereza Arruda (orgs.). *Comentários ao código civil brasileiro volume 1*. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 68.

comunicação do código com os microssistemas, inclusive em tradução e difusão da ordem constitucional.³⁵¹

Quanto ao conteúdo do projeto apresentado, colhem-se excertos da sua exposição de motivo, por certo, eloquentes sobre o teor do código

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?

(...)

No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos.

(...)

O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.³⁵²

Em prosseguimento à análise da glosa sobre o teor da nova lei, a comissão, capitaneada por Luis Fux, limita suas preocupações com a consonância do novo código às aspirações constitucionais democráticas de fruição dos direitos fundamentais, no que retoma as relações íntimas entre direito processual e material, justificando a elaboração de um novo código, em vez do aperfeiçoamento do emendado código anterior, em razão das prementes necessidades de conferir harmonia e coesão interna às normas, o que redundaria em maior efetividade, ao cabo e ao fim.

³⁵¹ MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In ARRUDA ALVIM, Manoel; ALVIM WAMBIER, Thereza Arruda (orgs.). Comentários ao código civil brasileiro volume 1. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 69. Os apontamentos representam, inclusive, o principal conjunto de argumentos lançados por aqueles que defendem um novo código em detrimento da manutenção do código vetusto, inclusive porque o projeto expressamente preserva a autonomia dos microssistemas, omitindo-se, por exemplo, em disciplinar qualquer instituto típico de tutela coletiva.

³⁵² FUX, Luis *et alli*. Mensagem de apresentação e exposição de motivos do novo código de processo civil, projeto de Lei do Senado 166/10, em trâmite na Câmara sob o nº8.046/10, pp. 7-9.<Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf, acesso em 20.03.13>. Note-se que o referido projeto já foi votado e aprovado na Câmara em 27.07.2013, com diversas alterações, mas manteve a mesma mensagem e exposição de motivos.

E rechaça a perfeição sistemática e integrativa do novo diploma, concluindo que houve o privilégio da funcionalidade em detrimento da feitura de uma obra estética e tecnicamente perfeita.³⁵³

Sintetiza na seguinte fórmula os efeitos que se busca alcançar com o novo *codex*

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.³⁵⁴

Algumas conclusões são óbvias e explícitas; outras, implicitamente podem ser extraídas a partir da linha de pensamento explicitada pela comissão.

A primeira delas, implícita, é a de que a comissão se arraiga a uma postura metodológica monológica e hermeneuticamente em desconformidade com os aportes teóricos e jusfilosóficos que diferenciaram a norma geral e abstrata prevista em lei e a interpretação que a parte e o juiz, no caso concreto, confere à norma procedimental, conformando o ato processual e elegendo, dentro das escolhas técnicas possíveis, uma delas.

A comissão parte da suposição de que a legislação precisa ser adaptada à Constituição Federal, e não a postura laborativa do juiz, como se esse personagem estivesse desamparado de ferramentas, de *lege lata*, para dar concreção aos valores e promessas constitucionais.

³⁵³ FUX, Luis *et alli*. Mensagem de apresentação e exposição de motivos do projeto do novo código de processo civil, projeto de Lei do Senado 166/10, em trâmite na Câmara sob o nº8.046/10, pp. 12-14.<Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf, acesso em 20.03.13>

³⁵⁴ *Id.*, *Ibid.*, p. 14.

Ora, a interpretação constitucional do processo, a mudança de paradigmas científico-filosóficos, os aportes culturais e hermenêuticos da pós-modernidade, o arsenal metodológico variado, tudo isso representa instrumental a partir do qual o aplicador do direito e as partes interessadas podem se valer para construir decisões político-jurídicas procedimentais adequadas a resguardar os fins do processo e que respeitem o interesse fundamental de cada uma das partes.

Lênio Streck repercute crítica do mesmo jaez

Faltou uma virada hermenêutica no projeto. Nele, há uma “falácia semântica” ou uma “crença na plenipotenciariade dos conceitos”, como se fosse possível a uma lei, a uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada. O projeto, nesse aspecto, peca por apostar em uma espécie de *commonlização* do Direito de *terrae brasilis*, (...). Assim, o projeto faz a façanha de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização, e no positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial). Ou seja, sob pretexto de se livrarem das velhas posturas positivistas, os autores do projeto reafirmam tanto o velho como o “novo” (sic) positivismo. E durma-se com um barulho desses...³⁵⁵

Nesse sentido se encaixam as impressões de Luis Fux, no que tange ao trabalho do intérprete com as fontes de direito, afirmando que

O novel código, seguindo a trilha exegética da Constituição Federal, erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no texto constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade.³⁵⁶

Representa dizer, em outras palavras, que o código atribuiu deveres aos juízes, os de aplicar o devido processo legal, como um todo, na condução do processo e do procedimento, o que é uma visão positivista às avessas, visto que esse dever independeria de normatividade concreta e minuciosa. É, pois, a visão metodológica do direito dos códigos que está em

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. A juristocracia do novo código de processo civil. Consultor Jurídico. São Paulo. <Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em 03.03.2013>

³⁵⁶ FUX, Luis. O novo processo civil. In FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14.

descompasso com a normatividade processual contemporânea, dando gênese a um novo projeto de código.

Por outro lado, a adoção desse modelo de codificação, que reprisa e enaltece, na parte geral, os direitos fundamentais e as normas gerais aplicáveis a todas e quaisquer situações jurídico-processuais surgidas, pode ensejar vantagens pragmáticas, como reconhecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para quem

Outro ponto positivo do Projeto está em que inicia a disciplina do direito processual civil enunciando direitos fundamentais processuais civis (arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10º e 11º). É claro que aí há apenas explicação na ordem infraconstitucional desses preceitos. A muitos isto pode parecer uma superafetação e, portanto, inútil. Esta reafirmação, contudo, não deixa de ter significado simbólico importante, na medida em que dissemina na cultura jurídica em geral a necessidade de encarar a legislação infraconstitucional como desdobramento da Constituição e de interpretá-la de acordo com os direitos fundamentais processuais civis.³⁵⁷

A segunda impressão, dessa forma explícita, é a de que os dois grandes entraves à efetividade do processo, em sentido amplo, são o caos legislativo e o excesso de formalidades.

A ausência de coesão interna na colcha de retalhos em que se tornou o código de processo civil atual é uma verdade. Entretanto, como sói ser da natureza humana, trata-se de um diploma bastante conhecido e utilizado pelos operadores do direito que aí estão.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 16. Em outro momento, os autores afirmam que a reafirmação dos direitos e garantias fundamentais no projeto seria desnecessária, pois sua intelecção, pelo intérprete, decorreria da própria cultura jurídica, no sentido de adotar a Constituição como sistema de referência de todo o sistema, em pensamento que adotamos integralmente. E afirmam, a reboque, que *perdeu o legislador reformador a oportunidade de inserir no projeto o dever de que o intérprete observe o método da proporcionalidade na aplicação das normas processuais, op. cit.*, pp. 20-21. *Pensamos ser esse, sim, o grande risco de se tentar explicitar princípios e garantias fundamentais, que decorrem do sistema, no corpo do código: o de, faltando a verbalização expressa do princípio, método ou enunciado, o aplicador, no caso concreto, acredite que o lapso tenha sido intencional e, por isso, esqueça de sua existência na interpretação a partir da Constituição. Cumpre, por dever de ofício, registrar que a específica falha apontada pelos autores foi reparada por meio do projeto substitutivo do código de processo civil aprovado na Câmara dos Deputados em 17.07.2013, que agregou ao artigo 6º a obrigação de que o juiz, ao aplicar as normas do código, obedecerá também à proporcionalidade e à razoabilidade.*

Caótico ou não, pensamos, a sistematicidade se dá, ao menos, com a praxe e as reiteradas decisões pretorianas. Ninguém é pego de surpresa por uma decisão exótica sobre um instituto existente há mais de 30 anos, senão quando essa decisão, de fato, aplica erradamente o preceito de lei, tendendo a ser reformada nas instâncias revisoras.

Contradiz-se aparentemente a comissão, ainda nesse pormenor, quando afirma que o caos impediria a efetividade, porém se evitaria a elocubração de uma obra perfeita e minudente, em favor da funcionalidade do sistema.

A funcionalidade, como visto em capítulo anterior, se dá na maior ou menor valia das formalidades que regem o sistema.

Não é a sistematicidade de um diploma, tomadas todas as normas linguísticas gerais e abstratas existentes, que apresenta impeco à produção dos efeitos esperados pelo processo. Não há contradição entre um e outro.

As contradições internas do sistema se resolvem na hermenêutica do caso concreto, na construção da norma jurídica procedimental, para utilizar a construção de Muller, e não na qualidade do agrupamento ou compilação das normas gerais e abstratas que regem determinados institutos (código).

A qualidade desse agrupamento irá impactar apenas e tão-somente na dificuldade para compreensão, construção e aplicação da norma jurídica, tornando árido o labor do intérprete, que se verá diante de um “carnaval processual”³⁵⁸ e, portanto, terá tarefa muito mais difícil, e lhe será exigido que trabalhe no mesmo tempo.

Repita-se, a sistematicidade de um sistema processual coerente e ajustado é dada pelo intérprete, ciente do conteúdo, teor e alcances dos princípios e interesses por trás da decisão que

³⁵⁸ A referência é histórica e semântica, e faz render homenagens à crítica tecida por Geraldo Ataliba à colcha de retalhos do sistema tributário nacional.

irá tomar no curso do procedimento. Vale aqui um retorno à idéia de “razão para ação” em Joseph Raz.³⁵⁹

Mais uma vez, não compreendeu o legislador que o problema de método de trabalho, ou epistemológico, não pode ser mudado por lei. A lei capta os anseios dogmáticos e positivistas, em direito empírico, as contribuições da dogmática jurídica (glosa) e até da teoria do direito, mas não cabe na lei o direito pressuposto, o direito da filosofia, da gnoseologia.

Mais uma vez, Lênio Streck, em passagem irresponsável

Perceba-se que não se promove um ataque generalizado ao trabalho dos juristas que participaram das Comissões, especialmente agora na Câmara, uma vez que o trabalho dogmático promoveu uma boa melhora técnica do projeto. Impossível não reconhecer isso. *O que se critica é a ausência de uma mudança paradigmática, que fará manter e, talvez, fortalecer a análise do sistema processual sob a ótica principal e única do juiz e da jurisdição, tal qual já ocorre na atualidade. O projeto, assim, nada mais faz do que “mais do mesmo”. Recupera pressupostos da dogmática jurídica, mas sacrifica os pressupostos filosóficos, que são a condição de possibilidade de o projeto se tornar compatível com o paradigma do constitucionalismo contemporâneo e não com posturas teóricas que, a pretexto de superar velhas fórmulas como “o juiz boca da lei”, nada mais fazem do que apostar em um “juiz protagonista”. Nada mais velho do que isso. Escopos processuais, instrumentalismo, agora com novos nomes. Não é “cisma” minha... Basta ler o projeto. Numa palavra: O projeto é pródigo em tratar de efetividades quantitativas; esqueceu-se, entretanto, de cuidar das efetividades qualitativas. O processo deve ser célere... Afinal, a pós-modernidade (sem que saiba bem o que isso quer dizer) exige que tenhamos pressa. A questão é saber se isso basta. Quero saber se estamos dispostos a sacrificar a qualidade das decisões em prol da quantidade (não que, hoje, tenhamos isso). Talvez o projeto esteja fazendo um novo pacto, algo do tipo proposto por Thomas Hobbes na aurora da modernidade. Entre “civilização” e “barbárie”... Com base naquilo que Hobbes tinha como motor das condutas humanas: o medo. O medo do caos processual. Em Hobbes, o homem é o lobo do homem (*hominis lupus hominis*). No processo brasileiro, o número de processos, a litigiosidade, as cautelares, etc. são o lobo da efetividade. Esse medo leva os utentes a abrir mão de “causas” para ficar com “teses”. Metaforicamente, o projeto propõe que os utentes escolhem entre isso que está aí (a barbárie) ou a civilização, em que os rios fornecerão leite e as árvores favos de mel. Assim, os utentes de *terrae brasiliis* fazem, primeiro, um pacto de associação e, depois, um pacto de submissão... Delegando todo poder ao soberano, representando pelo protagonismo judicial. Uma espécie de “leviatã*

³⁵⁹ V. parte I.

neoprocessual”. Bom, o Estado Moderno começou assim... Só que... Bem, o resto da história todos conhecemos.³⁶⁰

Cabe ressaltar que um dos corolários lógicos e fundamentais do paradigma formalista-valorativo é o enaltecimento do debate entre as partes, do contraditório participativo e do processo democrático, sendo um dos vetores importantes das formalidades a maximização dessas características, que ganham um aspecto substancial, a exigir uma racionalidade prática substancial e procedimental.

As decisões, os atos processuais, as posições jurídicas, são o resultado final de uma dialética permanente. São, por assim dizer, construídas. O direito legislado, genérico e abstrato, é uma fonte mediata, porque a fonte imediata é o próprio ato de professar o direito – ato de linguagem.

Diante disso, fica claro que o projeto de código, apesar da vedação expressa do *giudizio di terza via*³⁶¹, não encampa uma mudança de postura epistemológica-filosófica, arraigando-se ainda ao essencialismo, ao conceptualismo, à filosofia da consciência, encarnada na figura de um juiz solipsista.

Os formalismos processuais são enfrentados como vazios de conteúdo para os elaboradores do código, adotando a pecha pejorativa que vaticinava Alvaro de Oliveira quando falava sobre as dificuldades de tratar do tema.³⁶²

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. A juristocracia do novo código de processo civil. Consultor Jurídico. São Paulo.<Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em 03.03.2013>. Os destaques são nossos e representam o ponto fulcral da crítica à alteração do projeto sem alteração da estrutura de pensamento do direito processual, ou, em outras palavras, da ideologia por trás do código, na concepção de Ovídio Baptista e Rui Portanova. V. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, pp. 19-36, mar/2003; PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença, 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

³⁶¹ Cf. previsto no art. 10 do projeto: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. A esse respeito na doutrina italiana, MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di “terza via”*. *Rivista di diritto processuale* n. 4/2000. Padova: CEDAM, pp. 929-947, 2000.

³⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

Movida pelo objetivo explícito de superar a morosidade judicial, a comissão de reforma do código processo civil anteviu algumas das suas causas, dentre elas o excesso de formalidades no processo.

Luis Fux, em excerto doutrinário sobre o projeto, afirma, sem reboços, que se buscou eliminar as formalidades visando atalhar o andamento dos processos, sem fazer qualquer acepção sobre qual tipo de formalidades, arbitrárias ou justificáveis, deveriam ser extirpadas.³⁶³

O processo é fenômeno cultural. A técnica é vassala do valor que se pretende atingir com seu emprego. O fim do processo não é apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material para ambos segundo as peculiaridades do caso.^{364 365}

A rigor, o que se pretendeu no código em amadurecimento foi extrair, do diploma, as formalidades inúteis e as formalidades perniciosas, simplificando a tramitação do processo através de atalhos no procedimento.

Mais uma vez se verificam problemas de descompasso do instrumento (código) com a metodologia de aplicação do direito e com epistemologia. Há, no pensamento acima, uma pré-concepção arraigada igualmente ao positivismo fechado, como denuncia Streck.

Tanto os excessos de formalismo previstos em lei quanto as formalidades criadas pelo juiz, pensadas à vista dos casos concretos e das peculiaridades, poderão ser excessivos ou arbitrários.

³⁶³ FUX, Luis. O novo processo civil, *In* FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

³⁶⁵ Por isso Michelle Taruffo afirma que a postura ativista do juiz é característica de códigos preocupados com a ideologia dos escopos do processo que extravasem o interesse individual das partes, cf. TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 31, n. 133, pp. 239-266, mar. 2006.

Igualmente, tanto o excesso de formalidades inúteis quanto a falta de formalidades úteis representará, em último caso, um entrave para a distribuição de justiça e para a garantia de satisfação dos direitos fundamentais das partes em conflito.³⁶⁶

Como adverte Lenio Streck, o projeto de código de processo civil abriga, ao mesmo tempo, duas posturas positivistas contraditórias: considera a construção do procedimento como mero ato de aplicação do direito geral e abstrato (positivismo exegético), mas adota uma postura normativista quando confere ao juiz uma plêiade de poderes-deveres, apostando no poder discricionário dos juízes e instigando o ativismo judicial.

Aliás, a própria doutrina instrumentalista afirma que a flexibilização procedimental seria um dever em si, um dever de otimização do procedimento em vistas dos fins da jurisdição.³⁶⁷

Na doutrina é importante que se traga à baila a posição externada por Humberto Theodoro Junior, que congratula a postura instrumentalista do projeto do código, comparando-o aos novos códigos europeus, que buscam alinhar a legalidade com a eticidade.³⁶⁸

Reconhece o professor mineiro que o projeto voluntariamente aderiu ao pressuposto instrumentalista, afirmando que as críticas têm esteio puramente filosóficos, não anulando os méritos do projeto.³⁶⁹ Ora, a tarefa da academia é justamente antever as deficiências técnicas e aplicativas da legislação em gestão e buscar seu aprimoramento com o mínimo de trauma possível.

³⁶⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004.

³⁶⁷ Com ampla fundamentação, V. OLIVEIRA, Bruno Silveira. Conexidade e efetividade processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262 *et seq.* O autor, no entanto, desenvolve o tema sob a égide dos diversos interesses em colisão, dando a devida atenção ao contraditório e à motivação, sem, no entanto, abordar o tema da segurança jurídica e da previsibilidade, cf. *op. cit.*, pp. 303-311.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. Revista de informação legislativa, Distrito Federal (Brasília), v. 48, n. 190 t.1, pp. 237-263, abr./jun. 2011, p. 261.

³⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. Revista de informação legislativa, Distrito Federal (Brasília), v. 48, n. 190 t.1, pp. 237-263, abr./jun. 2011.

Os méritos são inegáveis, mas as premissas metodológicas adotadas pelo código, de cariz filosófico e hermenêutico-funcional, podem e devem ser criticadas. Longe de parecer singelo capricho, os riscos estão postos.

O contrassenso é epistemológico e tem esteio na ausência de apreensão do real significado do processo democrático-constitucional.³⁷⁰

Ovídio Baptista da Silva denuncia o fascínio que o paradigma racionalista ainda se faz presente sobre processualistas de hoje, o que parece respingar sobre os ombros da comissão do projeto de código de processo civil

O sistema processual em vigor, enquanto se mantiver preso ao paradigma racionalista, supondo que a norma jurídica tenha univocidade de sentido, permanecerá ancorado no férreo dogmatismo que o tem dominado, impedindo a aceitação do raciocínio hermenêutico, mesmo que as modernas correntes de filosofia do direito não mais duvidem da ciência jurídica.³⁷¹

Conforme mencionado na parte II do trabalho, os paliativos para a postura legislativa concessória de poderes são a formalização do procedimento em alguma medida, bem como a exigência inflexível do contraditório e da motivação lógica, racional e retórica. Resta saber se, na prática, esse incremento de poderes-deveres judiciais virá acompanhado do respeito às formalidades pré-constituídas e dos deveres inerentes ao devido processo legal (motivação, contraditório, exigência de boa-fé³⁷², entre outros).

³⁷⁰ Cf. COELHO, Dierle Nunes. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008; ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007,

³⁷¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 801, pp. 30-40, jul/2002.

³⁷² Defende Picó i Junoy que o devido processo legal exige que as partes e o Estado-juiz obedeçam em reciprocidade aos primados da boa-fé. PICÓ I JUNOY, Joan. *Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: un dibattito mal impostato*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 197, pp. 193-209, jul. 2011.

A principal maneira de atalhar o andamento processual, segundo o presidente da comissão, foi a adoção de um procedimento padrão, comum e adaptável pelo juiz de acordo com o caso concreto.³⁷³

Há, aí, uma ampliação dos poderes do juiz, um inescandível protagonismo judicial, como revelou Lênio Streck, concedendo-lhe poderes-deveres³⁷⁴ para a condução dos atos processuais voltados para a solução efetiva da demanda.

Considera Luis Fux, com apoio nos escritos de Nicolò Trocker sobre processo e Constituição, que a adaptação da realidade normativa à realidade prática por meio da adequação do procedimento ao caso concreto, respeitado o devido processo legal, é um dos corolários do direito de ação.³⁷⁵

Aliás, signo distintivo do projeto de código de processo civil em relação ao diploma atual é a previsão futura de uma parte geral.

Nada obstante a larga tradição, no direito pátrio, da inserção de normas gerais e introdutórias nos grandes códigos, inclusive no código de processo civil de 1939, o código de 1973 prescindia de uma parte geral. A falta de amadurecimento doutrinário era uma das razões.³⁷⁶

³⁷³ FUX, Luis. O novo processo civil, In FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

³⁷⁴ Já se viu na parte I que, em processo, nenhum poder judicial está desacompanhado de responsabilidade pelo bom uso, de modo que a todo poder corresponde um dever.

³⁷⁵ *Id., ibid.*, p. 8. Pensamos que a colocação do presidente da comissão é perfeita, visto que a incidência do devido processo legal devolve ao processo a característica dialética e democrática, bem como assegura o respeito à segurança das relações. No entanto, usa-se “dois pesos e duas medidas”: o projeto de código de processo civil é positivista ao extremo, arraigado a uma postura instrumentalista, inimigo das formalidades legais, concessor de poderes exagerados ao juiz; entretanto, quando às garantias do processo, apela-se à simples locução do devido processo legal, de modo fluido e genérico, como também apelasse para a sensibilidade do juízes-Hércules de François Ost e Dworkin, e para a *reasonableness* do direito inglês. V. STRECK, Lênio Luis. O pós-positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória: FDV, n. 7, pp. 15-45, jan./jun. 2010.

³⁷⁶ Para Egas Moniz, citado na exposição de motivos, a ausência de uma sistematização doutrinária e de uma teoria geral do processo à época, o que não mais ocorre, contribuíram para que se ressentisse o CPC de 73 de uma parte geral, cf. FUX, Luis *et alli*. Mensagem de apresentação e exposição de motivos do projeto do novo código de processo civil, projeto de Lei do Senado 166/10, aprovado na Câmara sob o nº8.046/10, p. 30 <Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf, acesso em 20.03.13>. O amadurecimento da doutrina hoje da teoria geral do processo já recomenda hoje a edição de uma parte geral. V. FUX, Luis. O novo processo civil, In

A outra delas, como explica Barbosa Moreira, tem cariz histórico: o código de processo civil de 1973 foi inspirado, em muitos aspectos, no código de processo civil do Estado do Vaticano de 1946, que foi alicerçado nas idéias de Carnelutti. Esse diploma, ao contrário da maior parte dos códigos de processo civil no mundo, também não possuía uma parte geral.³⁷⁷

Uma das aberturas hermenêuticas no projeto do código de processo civil, inspirado em bases positivistas exegéticas, é justamente a coexistência de uma parte geral. A parte geral se encontra Livro 1, que vai do artigo 1º ao artigo 318.

De invulgar interesse são as previsões dos artigos 1º a 12º do projeto de código de processo civil, que trazem os direitos e garantias fundamentais das partes no processo civil, contendo conceitos jurídicos indeterminados e pilares de interpretação. Possuem uma normatividade próxima ao sobredireito ou *metanorma*, “cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”³⁷⁸, não almejando dar respostas prontas de antemão aos problemas da realidade, papel que cabe progressivamente à jurisprudência³⁷⁹ e, por que não, à *juris prudentia*.³⁸⁰

Nesse sentido, e somente nesse sentido, é que se pode ser feita a leitura dos comentários de Lênio Luis Streck, no trecho em que relata que o projeto de código faria concessões ao velho positivismo ao fortalecer a discricionariedade do juiz, por lhe atribuir uma série de poderes através das cláusulas gerais.

FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 12.

³⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Il codice di procedura civile dello stato della città del vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

³⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 35, n. 139, pp. 5-22, jul./set. 1998, p. 8.

³⁷⁹ *Id. ibid.*

³⁸⁰ Vide parte I.

É, pois, justamente nas partes gerais dos grandes códigos que se encontra a maior parte das cláusulas gerais.

Consoante Rodrigo Mazzei, para que um novo código tenha êxito, como instrumento de recodificação e, portanto, de reagrupação do sistema jurídico ao seu redor, coordenando os microssistemas já existentes, deve aspirar ser móvel e duradouro. Móvel no sentido de ser capaz de recepcionar as mudanças fáticas e sociais supervenientes sem entrar em descompasso com o cenário social; durável, no sentido de tender a perenidade, adequando os mesmos institutos jurídicos já existentes às situações ainda novas.³⁸¹

Esse processo de recodificação e coordenação dos institutos com aspirações perenes e móveis depende essencialmente da inclusão, nos enunciados linguísticos dos diplomas, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, que são espécies das normas abstratas vagas e abertas.

Segundo Didier Junior, as cláusulas gerais, que não se confundem com os princípios³⁸² e se contrapõem à técnica casuística, têm invadido o direito processual, a fim de conferir maleabilidade e um maior poder de adaptabilidade para aplicação da norma processual ao caso concreto.³⁸³ Também segundo Marinoni e Mitidiero, elas revelam ferramentas linguísticas que extravam o âmbito das figuras clássicas dos princípios e regras.³⁸⁴ Podem ser elementos tanto de uns quanto de outras, mas com eles não se identificam.

Não se poderia, para Fredie Didier Júnior, nos tempos atuais, trabalhar-se num sistema jurídico exageradamente estruturado em cláusulas gerais, causando sensação perene de

³⁸¹ MAZZEI, Rodrigo. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI(org.), R. Rodrigo (org.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2º. ed. Salvador: PODIVM, 2007, pp. 49-51.

³⁸² O princípio é norma, é produto da interpretação. A cláusula geral é texto normativo. A partir da cláusula geral podem se construir tanto princípios quanto regras gerais e regras concretas. Os dois, porém, operam em níveis distintos de linguagem.

³⁸³ DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 35, n. 187, pp. 69 - 83, 2010.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

insegurança, como também não se poderia construí-lo cerrado e rígido, inadequado às complexidades da vida contemporânea.³⁸⁵

Trabalha o projeto com muitos conceitos jurídicos que carregam sentido linguístico (e.g. ambiguidade e vagueza) somente elucidável à vista de circunstâncias concretas. Nas palavras de Rodrigo Mazzei

Havendo identidade quanto à vagueza legislativa e intencional, determinando que o judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado além de preenche o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal.³⁸⁶

A concretização e a normatividade *in concreto* de formalidades e técnicas processuais com base em cláusulas gerais deve tributo à filosofia do direito³⁸⁷, buscando equacionar a tensão perene entre segurança e adequabilidade / efetividade.

Nas palavras de Judith Martins-Costa

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

³⁸⁵ As reflexões de Fredie Didier Jr. vão ao encontro das idéias de Luigi Comoglio e Mauro Capelletti quando afirmam que um sistema processual, para ser justo, deve buscar o meio termo, prevendo antecipadamente, em normas gerais, apenas uma parcela das formalidades *ex ante* disciplinadas, legando parcela de disciplina deformalizada ou, ainda, devendo as formalidades ser construídas no caso concreto pelo juiz. V. Parte II da monografia.

³⁸⁶ MAZZEI, Rodrigo. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI(org.), R. Rodrigo (org.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2º. ed. Salvador: PODIVM, 2007, p. 54. O autor registra que as cláusulas gerais podem ser subdivididas também de acordo com a função que possuem no sistema, podendo ser restritivas, regulativas ou extensivas, *cf. op cit.*, p. 58.

³⁸⁷ Fazemos referência aqui à Parte I, acerca dos contributos filosóficos para a criação da norma processual, sobretudo no que tange à concretização do direito, aos atributos de integridade, à lógica do razoável, à retórica e aos paradigmas e fins da norma.

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” a teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes¹¹ –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*.³⁸⁸

Fredie Didier Junior afirma que substanciaríamos cláusulas gerais o devido processo legal (principal exemplo); a cláusula geral executiva prevista no art. 461, p. 5º, do código atual; o poder geral de cautela previsto no art. 798 e 615, III, do código atual; a cláusula geral de abuso do poder do exequente constante do art. 620 do código atual; a cláusula geral de boa-fé processual prevista no art 14, II, desse mesmo código, entre outros.³⁸⁹

As grandes cláusulas gerais, que impactam severamente sobre o trabalho em curso, proporcionam justamente a conformação procedimental, inclusive quanto às técnicas e formalidades procedimentais. Alias, não é à toa que a doutrina vem afirmando que a própria técnica da utilização das cláusulas abertas já é, por si só, a permissão de que se troque a técnica legislativa pela técnica judicial, consolidada pela experiência, doutrina e jurisprudência.³⁹⁰

Consta expressamente da exposição de motivos que os artigos originais 107, V, e 151, p. 1º,³⁹¹ do projeto de código de processo civil, tiveram inspiração no *case management powers* do processo civil inglês.

³⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 35, n. 139, pp. 5-22, jul./set. 1998, pp. 6-7.

³⁸⁹ DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 35, n. 187, pp. 69-83, 2010.

³⁹⁰ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 196.

³⁹¹ O princípio da adaptabilidade, consoante diz a doutrina, era antevisto nos seguintes artigos do projeto: Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

Em linhas gerais, o modelo processual inglês foi conhecido pela exasperação do *adversarial system*, ficando o andamento do processo e dos atos processuais ao talante exclusivo das partes, o que veio a ser modificado com as *Civil Procedure Rules*, em 1998, positivando o procedimento e as normas sobre processo, e inovando ao criar o *case management powers*, transferindo o eixo central de apoio do processo das partes para o juiz.³⁹²

Nas palavras de Barbosa Moreira

Em boa parte, as mazelas do antigo processo civil inglês decorriam dos excessos a que levava uma "cultura adversarial", principal responsável pelo alongamento do pleito além da medida razoável e pela elevação dos custos a níveis insuportáveis. Não surpreende, pois, que as CPR hajam tratado, em medida considerável, de retirar dos litigantes (*rectius*: dos advogados) e transferir para o órgão judicial o controle do andamento do pleito. É mudança a que os expositores do novo sistema dão grande ênfase. Compete agora essencialmente ao juiz o *case management*.

A Parte 3 das CPR ocupa-se de modo específico dos *management powers* atribuídos ao órgão judicial. Na Rule 3.1 depara-se extensa lista de providências que o juiz pode tomar, no exercício da direção formal do processo: dilatar ou encurtar prazos; adiar ou antecipar audiências; ordenar à parte ou a seu representante que compareça ao tribunal; realizar audiência ou colher prova por telefone ou por outro meio de comunicação oral direta; determinar que se processe em separado parte da matéria litigiosa (por exemplo, reconvenção); suspender total ou parcialmente o curso do feito, quer em termos genéricos, quer até data ou acontecimento especificado; reunir processos; julgar duas ou mais causas na mesma ocasião; ordenar o julgamento separado de qualquer questão; estabelecer a ordem em que as questões serão decididas; excluir a apreciação de alguma; rejeitar ou proferir julgamento após a decisão de questão preliminar. A enumeração não é taxativa (...)³⁹³

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

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

³⁹² Em verdade, como relata o jurista Marco Bonci, da Universidade de Genoa, não é sequer novo o princípio da adaptabilidade das formas. A doutrina italiana pré-código de 1941 já reconhecia a possibilidade e prognosticava seu uso em determinadas situações. Chiovenda era um largo entusiasta da adaptabilidade das formalidades pelo juiz, coerente com a imensa influência que sofreu dos trabalhos publicísticos de Franz Klein. O próprio código de 1942, em aspectos limitados, conferia ao juiz tais poderes em casos específicos, porém na prática judiciária, por questões culturais e ideológicas, sobretudo pela repulsa à idéia de parcialidade do juiz ativo que reinava na Itália no pós-guerras, em momento algum se viu uma postura ativa e gerenciadora dos atos processuais por parte dos juízes. BONCI, Marco. *Active case management: english reception and italian rejection*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 38, n. 219, pp. 225-237, maio 2013.

³⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual Inglesa. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. 9ª série. Rio de Janeiro: Forense, 2007,

No modelo brasileiro, a adaptabilidade poderá vir a ter duas características, segundo Bruno Vinicius da Rós Bodart. Primeiro, o juiz pode determinar a não observância de exigências formais inúteis para o deslinde da causa, enquanto que o princípio do prejuízo se aplica apenas aos atos imperfeitos já praticados, mas que atingiram o escopo da norma. Segundo, poderão ser acrescentados ao procedimento atos processuais não previstos inicialmente na moldura legal, desde que convenientes ou essenciais.³⁹⁴

O mesmo autor, em tom crítico, assevera que

No Brasil, os poderes do juiz na marcha do processo sempre foram muito fortes, sendo o magistrado a figura central do nosso modelo. Por isso, os limites do seu poder de adaptação deveriam ter sido mais bem regulamentados.

Em razão dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da legalidade, não se podem interpretar os artigos 107, V, e 151, p. 1º, do anteprojeto como autorizadores de um ilimitado poder de criação judicial. Não se pode aceitar que cada magistrado crie o procedimento que melhor lhe aprouver, como se cada vara dispusesse de um código de processo civil próprio. O que ele faz é substituir um regime em que a inobservância das formas legalmente prescritas gera a nulidade por outro, no qual o juiz é estimulado a se afastar do que as regras legais determinam sempre que desse modo for possível a maior promoção dos princípios processuais fundamentais. Entretanto, o princípio deve ser observado o procedimento legal.³⁹⁵

Termina por propor, como paliativo, que seja sempre observado o contraditório e a ampla defesa, em que pese eventual recurso contra decisão somente ser interposto de forma retida, podendo gerar prejuízos muito à frente.³⁹⁶

Inegavelmente que, para tanto, há de ser seguido o adágio de Malatesta, para quem o ordinário se presume e o extraordinário se comprova. Ora, a obediência aos termos daquilo que se convencionou se interpretar como texto da lei não exige maiores digressões do juiz. Assim, razão tem Antonio Cabral quando afirma que as preferências eleitas pelo ordenamento devem ser

³⁹⁴ BODART, Bruno Vinicius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo código de processo civil brasileiro. In FUX, Luis(coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

³⁹⁵ *Ib.*, *Ibid.*, p. 101.

³⁹⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 102.

prestigiadas a princípio, podendo ser invertidas, sim, no caso concreto. No entanto, essa inversão terá de ser justificada e sujeita a um ônus argumentativo maior.³⁹⁷

A rigor, a postura legislativa de protagonismo judicial, conferindo-lhe amplos poderes sem os correspondentes deveres, ao menos explícitos ou verbalizados, representa tendência que pode enfraquecer o processo civil-constitucional sob o prisma do formalismo-valorativo.

A correção dessa anomia, para se valer de uma categoria *weberiana*, no caso concreto, dependerá de atenção tanto das partes quanto do juiz. O código, *per si*, não traz essa resposta e nem pretende, como mote, solucioná-la.

Prosseguindo em análise ao novo projeto, tem-se que, de um lado

Vários dispositivos do projeto, segundo o texto aprovado pelo Senado Federal, contêm comandos no sentido de que a celeridade é um valor que norteia o processo civil.

Na linha do preceito constitucional citado, o art. 4o estabelece que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

O art. 118, regulando o comportamento processual do juiz, diz, logo no inciso I, que lhe incumbe “promover o andamento célere da causa”. A disposição, embora equivalente no sentido, é de teor mais incisivo que a constante do art. 125, II, do Código atual.

O art. 123 declara o juiz responsável por perdas e danos, quando “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. Norma do mesmo teor já figura no Código vigente (art. 133, II). De qualquer modo, o dispositivo ganha maior dimensão no contexto do projeto.

Contribuindo para agilizar a comunicação processual, o projeto adota os meios eletrônicos para que se realizem a citação (art. 215, V) e as intimações (art. 242).³⁹⁸

De outro, cumprirá aos aplicadores, apesar da postura metodológica do projeto de código, conferir aos artigos³⁹⁹ da parte geral uma dimensão tal que funcionem como “atalhos”

³⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁹⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo código de processo civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 48, n.190 t2, pp. 169-177, abr/jun. 2011, p. 171.

integrativos, e dar fiel cumprimento aos ditames do contraditório participativo e do processo democrático, viabilizando uma condução formalista-valorativa do processo (procedimento em contraditório) em todos os atos.

Para Marcus Vinícius Furtado Coelho,

são deveres das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões e alegações destituídas de fundamento, não produzir nem praticar atos inúteis ou desnecessários, informar endereço atualizado para recebimento de intimações e cumprir com exatidão as decisões judiciais – art. 80. A negativa de cumprimento de decisões judiciais configura ato atentatório ao exercício da jurisdição e acarreta multa de até 20% do valor da causa – art. 80, par. 1o, além de responsabilização criminal, civil e processual. Em decorrência, considera-se litigante de má fé quem alterar a verdade dos fatos, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário, provocar incidentes infundados, entre outras hipóteses – art. 83.

(...)

O novo CPC, aprovado pelo Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, prestigia a ampla defesa e o contraditório cooperativo, dando concretude aos postulados constitucionais e impondo às partes e ao julgador direitos e deveres que se harmonizam com a necessidade da colaboração por um processo

³⁹⁹ Quatro artigos da parte inicial, concernente ao capítulo 1º do título 1º do livro 1, tratavam da exigência do contraditório e do dever judicial de promovê-lo e instigá-lo, inclusive em matéria de eleição de adoção de técnica de prestação de tutela:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

O substitutivo aprovado pela Câmara Federal em 17.07.2013, que retorna ao Senado Federal para reapreciação, reformou a seção e atualmente os seguintes artigos tratam do contraditório participativo

Art. 7º. É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à tutela antecipada de urgência e às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III.

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

substancialmente justo, realizador do direito e pacificador do corpo social. Um processo que busque responder às exigências e necessidades do milênio se inicia, não contente com as verdades formais, mas em busca da realidade o quanto possível, à procura de justiça.⁴⁰⁰

Na linha preconizada pelo espírito de colaboração entre as partes, a versão atual do projeto determina, em seu artigo 8º, o dever geral de colaboração das partes entre si e com o juízo apenas para os fins de tomada de decisão de mérito, tendo a versão atual do texto expurgado o dispositivo equivalente (art. 5º do Projeto oriundo do Senado Federal) da versão anterior, na qual se fazia alusão expressa à colaboração para implementação de medidas urgentes e para realização de atos executivos,⁴⁰¹ em evidente retrocesso.

Tanto numa versão quanto em outra, Marinoni e Mitidiero, após citarem diversos dispositivos que preconizam a atuação leal, preventiva, cooperativa, dialógica e proba das partes e do juiz, afirmam que “não há a menor dúvida que o Projeto adotou a colaboração ou a cooperação como uma de suas linhas mestras. Trata-se de inovação superlativamente alvissareira”.

Advertem, porém, que a exposição de motivos em nada referenciou a novidade, devendo ser compreendido que a colaboração foi densificada como um dever das partes com o juiz e vice-versa, mas jamais das partes entre si.⁴⁰²

⁴⁰⁰ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa, Distrito Federal (Brasília): Senado Federal, v. 48, n.190 t2, p. 45-48, abr/jun. 2011, pp. 47-48.

⁴⁰¹ Redação original do PL do código de processo civil:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Redação atual após aprovação na Câmara em 17.07.2013:

Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 48-51. Em outro momento, os autores reforçam a colocação de que faltou ao projeto, na sua versão original, em raciocínio que se aplica também à versão atual, a explicitação de que a colaboração do juiz em favor das partes é dever legal imposto em todo arco processual, e não apenas em algumas situações específicas previstas em normas especiais, a exemplo do dever de franquear o contraditório antes de qualquer decisão que possa causar surpresa. Cf. *Op. cit.*, p. 33.

Assim, cumpriria ao legislador esclarecer tal ponto, eis que mexe na dinâmica da posição jurídica das partes uma cláusula aberta, na parte geral, com tamanha amplitude e atributividade.

De todo modo, a mudança é positiva, ainda que tímida, considerando-se ainda que, em data recente, foi aprovado o novo código de processo civil lusitano, o qual veicula ostensiva e largamente o dever de boa-fé processual e cooperação em favor de todas as partes e patronos, em redação que desfaz qualquer possibilidade de surgimento de dúvidas do jaez daquelas nascidas na doutrina nacional.⁴⁰³

Já se viu, em linhas anteriores, que o código vigente, embora confeccionado em outro contexto, no qual não despontavam preocupações de ordem pós-metafísica, produzido para ser aplicado a uma sociedade homogênea, cujo acesso aos Tribunais era rarefeito, continha uma série de normas gerais que traziam formalidades que se destinavam ora para a efetividade, ora para a segurança jurídica das relações.

Em direções parecidas, o projeto de código de processo civil, conquanto animado explicitamente pelo espírito instrumentalista, não discrepa do atual. Embora a regulamentação

⁴⁰³ São os artigos equivalentes previstos na parte geral do novo código de processo civil de Portugal (Novo Código de Processo Civil de Portugal, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 121 — 26 de junho de 2013, pp 3519-3520)

Artigo 7.º

Princípio da cooperação

1 — Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 — O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 — As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 — Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Artigo 8.º

Dever de boa-fé processual

As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

Artigo 9.º

Dever de recíproca correção

1 — Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade.

específica seja mais rica e mais minudente, as válvulas de escape do sistema se encontram justamente nas cláusulas gerais e no aparato instrumental epistemológico já referenciado na monografia.

Remata José Rogério Cruz e Tucci, com ânimo, que o projeto não desprezou a moderna principiologia que emerge da Constituição, destacando-se inúmeras regras que buscam assegurar o devido processo legal, dentre eles reprimir o comportamento abusivo ou recalcitrante da parte.⁴⁰⁴

Passa-se agora à glosa específica das técnicas de tutela previstas no código de processo vindouro.

13. Técnicas de efetivação de tutela e o projeto do código de processo civil

O legislador processual não ousou modificar a bases fundantes dos mecanismos de prestação de tutela jurisdicional, mantendo, em linhas gerais, os procedimentos razoavelmente já preexistentes, em caráter abstrato, para cada modalidade de bem da vida.

Quanto ao aspecto procedimental, a rigor, Humberto Theodoro Júnior afirma que,

Conforme se pode deduzir da exposição de motivos da comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto, nada de relevante foi inovado no âmbito da execução. Apenas se procurou afastar pequenas controvérsias ainda não solucionadas pela jurisprudência posterior às leis 11.232/2005 e 11.382/2006⁴⁰⁵

Nesse sentido, e apenas nesse sentido, é extremamente positiva a iniciativa do projeto, que confere certeza e segurança aos aplicadores no manuseio do procedimento e das formas de execução quando, em momento anterior, sob a égide do código atual, mostraram-se elas

⁴⁰⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 192, pp. 193-209, fev/2011.

⁴⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro. O cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, n. 201, p. 13-44, nov. 2011.

duvidosas. Porém, ousamos discordar quanto a aplicação de algumas cláusulas gerais ao procedimento executivo rígido, e os problemas que disso poderão advir.

Marcelo Lima Guerra oferece interessante e didático quadro sintético para o código atual, mas que pode ser aproveitado em premissa à análise do anteprojeto⁴⁰⁶

Obrigação	Procedimento	Meio Executivo
Pagar quantia	Execução por quantia certa; variante: pensão alimentícia	Expropriação; desconto em folha e coerção pessoal por meio de prisão
Entrega de coisa	Execução para entrega de coisa	Desapossamento
Fazer e não fazer	Execução para obrigação de fazer e não fazer	Transformação (execução por terceiros) e coerção patrimonial (multa)

Calha lembrar que existem três tipos de situações de crise em direito: a crise de certeza, que demanda uma tutela declaratória; a crise de situação, que demanda uma tutela constitutiva; e as crises de cooperação, que demandam uma tutela condenatória / executiva / mandamental.⁴⁰⁷

Apenas faz sentido falar em necessidade de intervenção do judiciário para realização de atos materiais executivos nesse último caso, já que nos dois primeiros a prestação jurisdicional já é suficiente *per si*.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

⁴⁰⁷ Não é tema do trabalho as modalidades de tutela e as controvérsias. Deve-se a Ponte de Miranda a introdução, no direito brasileiro, da discussão e do elenco das tutelas executivas *lato sensu* e mandamental. V. MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998. Para um panorama geral na doutrina nacional contemporânea e detalhadas explicações sobre o tema, V. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴⁰⁸ Nas diretivas do clássico estudo de Crisanto Mandrioli, cf. MANDRIOLI, Crisanto. *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 1955.

A doutrina brasileira costuma observar o arquétipo criado no direito italiano quando distingue categorias de execução forçada.

Aponta, no direito italiano, Francesco Paolo Luiso

A execução em sentido próprio se diferencia da execução indireta pelo fato de que, na execução em sentido próprio, a atividade do obrigado é substituída para atividade do ofício executivo; na execução indireta, ao revés, se procura convencer o obrigado a ter o comportamento devido, promovendo o surgimento de efeitos que, para o obrigado, produzem consequências mais onerosas do que o adimplemento da obrigação em si.⁴⁰⁹

Destarte, existem a execução indireta / execução por coerção (quanto o juiz impõe restrições na órbita jurídica do réu visando compeli-lo a satisfazer voluntariamente a obrigação) e execução direta / execução por sub-rogação (quanto o próprio ordenamento já autoriza o juiz a determinar medidas que, sem a colaboração do réu, garantam a satisfação do direito do credor).

São técnicas de coerção a imposição de multa e de medidas psicológicas dissuasórias, tal como ameaça de prisão; são técnicas de sub-rogação a expropriação, o desapossamento, a transformação e o desconto em folha.

No código de 1973, a rigor, a doutrina afirmava que o legislador criara um sistema típico de tutela executiva, atribuindo, a cada gênero de direito vindicado em juízo, um modelo procedimental rígido e específico, sobressaindo-se o princípio da tipicidade dos meios executivos. Com as alterações advindas a partir de 1994, com a inclusão do artigo 461 do código atual, bem como com a inclusão posterior do artigo 461-A, diz-se que foi quebrada a tipicidade, ao menos nas obrigações para entrega de coisa, para prestação de fazer e não fazer.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile. vol. I. principi generali*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 43. No original “*L’esecuzione in senso proprio si differenzia dall’esecuzione indiretta per il fatto che, nell’esecuzione in senso proprio, l’attività dell’obbligato è sostituita dall’attività dell’ufficio esecutivo; nell’esecuzione indiretta, invece, si cerca di convincere l’obbligato a tenere il comportamento dovuto, prevedendo il sorgere di effetti che, per l’obbligato, producono conseguenze più onerose dell’adempimento.*” Com maiores detalhes, em explicação que apresenta as categorias de direito e as relações de direito substancial, obrigação, inadimplemento, sub-rogação, LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile. vol. III: il processo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 3-9 e pp. 188-199.

⁴¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, pp. 62-63.

Permanece no anteprojeto a separação de disciplina quanto ao procedimento de realização dos direitos. Primeiramente há, nos artigos 527 e seguintes, a previsão de técnicas para cumprimento de tutelas já deferidas em sentença (título executivo judicial).

Já nos artigos 787 e seguintes do projeto constam os dispositivos que regulamentam os procedimentos para efetivação de tutelas em relação a títulos executivos extrajudiciais.

Ambas disciplinas, como soí acontecer no código em vigor, são complementares, aplicando-se a um e a outro caso na falta de regulamentação expressa e na ausência de contradições. Marcelo Abelha Rodrigues denomina de simbiose a tomada de empréstimo de uma técnica prevista em dado procedimento para outra situação de crise jurídica.⁴¹¹ O próprio artigo 787 do projeto fala expressamente sobre tal característica.⁴¹²

Esse hibridismo já era defendido por eloquente doutrina sob a égide do código atual, sob o argumento, em síntese, de que o devido processo legal exigiria um modelo de procedimento e a utilização de técnicas emprestadas ou criadas pelo juiz que dessem ao credor, destinatário do bem da vida perseguido em juízo, o gozo e a fruição desse bem da maneira mais tempestiva, efetiva e com o menor dispêndio de tempo e atos possível.⁴¹³

⁴¹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual da execução civil. 1ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 64.

⁴¹² *De lege lata* já existia essa problemática. Com a inserção do artigo 461 ao código de processo civil atual, em 2004, conferindo uma série de novos poderes ao magistrado, surgiram questionamentos sobre o destino a ser dado ao artigo 287 e ao artigo 644, que anteriormente cuidavam do procedimento para efetivação de obrigação de fazer e não fazer. Ambos dispositivos, de cargas ideológicas diferentes, precisavam ser harmonizados. Ulterior alteração legislativa tratou de afinar os dispositivos ao novel artigo 461, aplicando subsidiariamente os poderes do artigo 461 a todos procedimentos regidos pelo artigo 287 e artigo 644. Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e das obrigações de entre de coisa. In DIDIER Jr., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 203-211.

⁴¹³ Essa simbiose é defendida de maneira ampla, geral e irrestrita, com base em extensa e respeitável doutrina dogmática e filosófica, em GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 62; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. E, em maior ou menos extensão, WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Revista de Processo. São Paulo/SP, v. 30, n. 119, pp. 35 - 59, 2005. Aliás, coube a Michelle Taruffo a introdução da idéia de utilizar, para execução de obrigação de pagar quantia, cujo procedimento é tradicionalmente hermético e exaustivo, a idéia de utilizar meios coercitivos indiretos, cf. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos (trad. Teresa Arruda Alvim Wambier). Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 59, pp. 72-97, jul./set. 1990. Teresa Arruda Alvim Wambier, em artigo publicado em conjunto com Arruda Alvim, se manifesta positivamente, cf. WAMBIER, Teresa

Em Marcelo Abelha Rodrigues,

(...) o magistrado de hoje tem, com fulcro na CF/88, o dever de driblar algumas engessadas regras liberais do Código de Processo Civil, para atuar com sua plenitude o devido processo (...) Esse juízo de valor e ponderação do magistrado – de questionar em cada caso concreto os limites da ativação executiva – não precisa ser feito em todos os casos do processo executivo, mas(...) quando o legislador outorgou-lhe dose de subjetivismo jurídicos (...) ;quando a regra processual executiva encontra-se superada e contrária ao devido processo legal (tutela justa), o que acontece muito quando a norma abstrata já não espelha o fato social como ele realmente é, ou então quando a carga ideológica e axiológica que motivou a emolduração daquela regra encontra-se vencida pela evolução dos tempos.⁴¹⁴

É evidente, pelo seu pensamento, que não admite o autor que se assine um cheque em branco ao juiz, conferindo-lhe poderes discricionários amplos e irrestritos.

Fica claro que a abertura simbiótica é possível apenas quando a técnica executiva é incapaz de dar resultados adequados e, ainda assim, quando exista liberdade para o juiz fazê-lo, ou seja, quando ao magistrado é outorgado poder normativo por meio das já mencionadas cláusulas gerais, enxergando-se uma postura de aplicação da adaptabilidade sob a insígnia de um formalismo-valorativo responsável. Essa premissa é inafastável.

No entanto, vozes autorizadas na doutrina, nessa senda, não transigem com o princípio da tipicidade estrita na escolha dos meios executivos tomando por referencial a natureza do direito. Teori Zavascki, por exemplo, sustenta que a escolha da técnica para efetivação de tutela segue o raciocínio dos procedimentos, vigendo o princípio da indisponibilidade, de modo que não é autorizado ao demandante manifestar preferência por um ou outro procedimento⁴¹⁵. Eduardo Talamini, de forma análoga, parece comungar da mesma opinião.⁴¹⁶

Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 31, n. 142, p. 11, dez. 2007. Existe precedente jurisprudencial de tribunal superior em sede de pagamento de pensão, v. REsp 581.931-RS.

⁴¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual da execução civil. 1ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 10.

⁴¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil, v. 8. São Paulo: RT, 2000, p. 350 *et seq.*; ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴¹⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

De toda sorte, a cizânia se justificava em face da configuração de *lege lata*. O anteprojeto explicitamente atribui competência exclusiva ao juiz para construir a formalidade / técnica no caso concreto, quando lhe confere cláusula aberta para tanto, ou competência concorrente ao juiz para, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, deixar de aplicar o procedimento previsto em lei e aplicar procedimento ou técnica que julgar mais adequada. Diante desse pano de fundo normativo, não se sustentará, pelas próprias válvulas de escape do sistema, a rigidez procedimental.

É preciso, a rigor, uma tessitura normativa porosa, tal como vem previsto nos artigos concernentes aos poderes do juiz⁴¹⁷ e no concernente ao poder de ajuste de procedimento⁴¹⁸ do anteprojeto original, para que poderes explícitos, e não meramente implícitos, de conformidade procedimental fossem atribuídos ao juiz e também de algum espaço de liberdade conformidade formalística para fins de construção de técnicas de tutela de quaisquer sortes ao caso concreto.

Porém, é bom que se alvitre que a Câmara dos Deputados limitou bastante esse poder de ampla conformação, como se pode ver do cotejo entre a redação do substitutivo atual e a redação original.

⁴¹⁷ Redação do PL original:

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

III – 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;

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

Redação do projeto substitutivo aprovado na Câmara em 17.07.2013:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito;

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;

⁴¹⁸ Redação do PL original

Art. 151. (...)

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

Redação do projeto substitutivo aprovado na Câmara em 17.07.2013:

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

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

O mesmo se dava em procedimento para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer⁴¹⁹, autorizando-se que o juiz se valesse da expedição de ordem mandamental, sob pena de desobediência, para fazer cumprir decisão judicial, preceito que foi extirpado da redação do substituto atual aprovado em comissão especial na Câmara.

Em suma, o poder judicial previsto na parte geral foi decotado e confinado a situações mais específicas e sujeito a requisitos de controle mais severos.

Ao lado da disciplina propriamente dita e sistematizada geral, o projeto de código traz uma série de outros dispositivos, a maioria deles com alguma correspondência com o código vigente, munindo o juiz de poderes-deveres expressos para prestação de tutela.

São exemplos de técnicas esparsas a previsão de observância compulsória de lealdade e boa-fé, e em especial a de cumprir fielmente os provimentos executivos e mandamentais, sob pena de multa⁴²⁰; a multa prevista para cumprimento de liminar em tutela de evidência⁴²¹; a cominação de medidas mandamentais, sub-rogatórias, indutivas e coercitivas, e a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão, com auxílio de força policial e ameaça de crime de

⁴¹⁹ Redação do PL original

Art. 503 (...) § 8º Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência.

⁴²⁰ Redação do PL original

Art. 66 (...) V – cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

Redação do projeto substitutivo aprovado na Câmara em 17.07.2013:

Art. 77 (...) IV – cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços a sua efetivação;

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

⁴²¹ Redação do PL original

Art. 285 Parágrafo único. Independente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

desobediência, para que terceiro apresente coisa em juízo⁴²²; a imposição de multa a órgãos oficiais e dirigentes por descumprimento de ordem de realização tempestiva de perícia⁴²³; imposição de multa por atentado à dignidade da jurisdição⁴²⁴; determinação de medidas inominadas para que terceiros entreguem dados e coisas indispensáveis para a execução⁴²⁵ e, mais importante de todos, a autorização (“poder-dever”) para determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 107, III,

⁴²² Redação do PL original

Art. 382. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas mandamentais, sub-rogatórias, indutivas e coercitivas.

Art. 270 Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Redação do PL aprovado pela Câmara

Art. 410. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

Art. 387. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Percebe-se que houve ligeira alteração no primeiro dos artigos, suprimindo-se a menção a “medidas mandamentais”.

⁴²³ Redação do PL original

Art. 457 (...) § 2º Descumpridos os prazos do § 1º, poderá o juiz infligir multa ao órgão e a seu dirigente, por cujo pagamento ambos responderão solidariamente.

O PL aprovado na Câmara dos Deputados trata da questão no artigo 485 e *suprimiu a possibilidade de imposição de multa ao órgão público e ao respectivo dirigente por leniência no descumprimento de ordem para realização de perícia.*

⁴²⁴ Redação do PL original

Art. 700. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – fraude a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, não exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa ao devedor em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do credor, exigível na própria execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

O PL que segue em votação reenumerou o artigo para 790, não havendo qualquer alteração.

⁴²⁵ Redação do PL original

Art. 699. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.

O PL que segue em votação reenumerou o artigo para 789, não havendo qualquer alteração.

do projeto origina, com redação equivalente no artigo 139, IV, do substitutivo aprovado na Câmara).

Relata Humberto Theodoro Júnior que igualmente houve modificações pontuais, acrescentando-se uma parte comum para todas as execuções, entre os artigos 500 e 505 do anteprojeto, dentre os quais se destaca a previsão da intimação pessoal do próprio devedor antes dos atos executivos, em regra na pessoa do advogado e excepcionalmente na figura do devedor (artigo 500, p. 2º e 3º); acolheu-se também a livre disponibilidade da execução, vetando-se a execução de ofício pelo juiz (parágrafo 1º do artigo 500).⁴²⁶

O projeto, por exemplo, cristalizou o entendimento abraçado pelo STJ⁴²⁷ de que a multa prevista para cumprimento tempestivo espontâneo de obrigação de pagar corra a partir da intimação do devedor após a baixa dos autos à origem, e não do trânsito em julgado ou momento anterior⁴²⁸, homenageando-se a segurança. Porém, em suma, os procedimentos para satisfação de obrigação de pagar são os mesmos que dantes.

Quanto às medidas de execução diretas para cumprimento de obrigação de fazer, dar e não fazer, o direito positivo trouxe, para o texto do código⁴²⁹, a possibilidade de se autorizar a sub-rogação judicial, por meio de interventor, para cumprimento de tutela⁴³⁰.

⁴²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro. O cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 36, n. 201, pp. 13-44, nov. 2011.

⁴²⁷ REsp 940.274-MT, Corte Especial, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha. Os dispositivos citados foram rearranjados e possuem paralelo nos artigos 527 a 533 do projeto aprovado na Câmara em 17.07.2013.

⁴²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro. O cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 36, n. 201, p. 13-44, nov. 2011.

⁴²⁹ No projeto original

Art. 502. Para cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável.

Parágrafo único. Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva.

No PL aprovado na Câmara dos Deputados em 17.07.2013

Art. 550 (...) § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por período de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Entendemos que sua utilidade reside na atuação para consecução de obrigação de fazer e não fazer sobretudo, que demande insistentes e inúmeras intervenções do juiz para ditar como se deve fazer ou não fazer o próximo ato a partir do desenrolar dos atos antecedentes, da conduta do demandado e da conduta de terceiros.

Vemos profícuo campo de aplicação nas tutelas coletivas específicas, sobretudo em sede de direitos difusos, nos quais há premência em se prestar tutela inibitória ou de remoção do ilícito.⁴³¹

Mantiveram-se as previsões de medidas sub-rogatórias e coercitivas, explicitando-se que a multa se aplicará por tempo de atraso⁴³² e que o recurso à força policial se dará quando indispensável apenas, em prestígio à proporcionalidade.

Quanto à astreinte, buscou o projeto criar uma disciplina comum em conjunto com a multa mandamental para cumprimento de obrigação de pagar oriunda de sentença (artigo 495 do projeto original e artigo 537 do substituto aprovado).

O tema voltará a ser explorado no item 14.3.

⁴³⁰ A figura tem paralelo, no direito estrangeiro, com a nomeação de *masters* no direito saxônico, com vistas a realização de obrigação de fazer ou não fazer compulsoriamente por parte de demandado. A prática demandará estudo extenso da sistematização e da dogmática do sistema anglo-saxão, a fim de se resguardar a segurança e a identidade entre o objetivo do provimento judicial e o comportamento do interventor (medidas adotadas na prática, finalidade, proporcionalidade, entre outros). Breve apanágio do tema está em MERRYMAN, John Henry; PÉREZ PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. No direito europeu, existe a figura do agente de execução, a quem o juiz delega a atividade toda de execução, que assume feição administrativa, reservando-se ao magistrado a tarefa de poder geral de controle, cf. FREITAS, José Lebre de. A ação executiva: depois da reforma da reforma. 5a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 25.

⁴³¹ De nítido viés de urgência, antecipando-se ao dano, cf. amplamente desenvolvido em MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴³² A correlação das astreintes com o tempo de atraso foi objeto de acerba crítica por ocasião do II Encontro de Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ocorrido em Salvador(BA) entre 08 e 09 de novembro de 2013., porque não atenderia ao descumprimento de obrigações de não fazer e às obrigações instantâneas irrepetíveis, cujo descumprimento somente possa ser reparado de forma ressarcitória.

O artigo 503 do projeto original era bastante específico e tratava da forma de cumprimento da multa, trazendo segurança para o aplicador e para as partes.⁴³³ Nada de muito relevante se alterou após passagem pela Câmara dos Deputados.

Dentre as medidas de uniformização originárias estavam: a incidência da multa, em ambos os casos, somente ocorrerá após transitado em julgado o processo; serão elas exigíveis no mesmo momento da incidência, podendo ser pedido seu pagamento antes do cumprimento da

⁴³³ Redação original do projeto

Art. 503. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

§ 2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou.

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

§ 7º O disposto no § 5º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor.

§ 8º Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência.

Redação atual após aprovação do PL na Câmara:

Art. 551. A multa periódica independe de pedido da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso.

§ 4º A execução da multa periódica abrange o valor relativo ao período de descumprimento já verificado até o momento do seu requerimento, bem como o do período superveniente, até e enquanto não for cumprida pelo executado a decisão que a cominou.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

obrigação principal, embora devam ficar depositados em juízo, dependendo o levantamento do trânsito⁴³⁴; no tocante à titularidade do produto da multa, pertencerá ao credor até o limite da obrigação principal, destinando-se ao Estado o que sobejá-la; no que toca às obrigações de pagar quantia, admite-se expressamente a utilização da astreinte.⁴³⁵ Muitas dessas medidas foram decotadas e modificadas por ocasião da passagem do texto pela Câmara.

O projeto original atribuía ao juiz amplos poderes de atribuição de eficácia mandamental, tornando o provimento judicial apto a criar uma situação de desobediência por parte do devedor recalcitrante, podendo vir a ser incurso em crime de desobediência (previsão do parágrafo 8º).

O artigo 66, V, do projeto do projeto original, repetindo e ampliando a dicção do art. 14, V, do código atual, acrescentava ainda o dever geral de obediência aos comandos executivos e mandamentais.

O artigo 107, III, atribuía ao juiz a tarefa de editar medidas coercitivas, indutivas, subrogatórias e mandamentais necessárias ao cumprimento de medidas judiciais. Como medida de apoio, destrinchando o artigo 503, o parágrafo 8º afirmava-se que o juiz poderia impor medida de caráter mandamental para prestação de tutela específica, cujo descumprimento haveria de ser considerado crime.

Havia uma tendência evidente de absoluta mandamentalização⁴³⁶ dos provimentos judiciais, de qualquer sorte, aproximando-os das *injunctio*ns do direito anglo-saxão e dos interditos do direito romano.

⁴³⁴ Tal posição, em doutrina, já era defendida por Tereza Arruda Alvim e Arruda Alvim, sob as razões de que o processo não deve beneficiar o autor sem razão, mas tutelar a dignidade judiciária, sendo a opção do projeto uma solução intermediária. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 31, n. 142, p. 11, dez. 2007. Em outras palavras, a solução preconizada era condizente com o formalismo-valorativo, pois preserva a efetividade do resultado final, garantindo ao autor com razão o levantamento futuro, e preserva o réu de uma execução aventureira.

⁴³⁵ AMARAL. Guilherme Rizzo. As astreintes e o novo código de processo civil. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 182, Abril/2010.

⁴³⁶ Ou seja, a atribuição dos efeitos e das características da tutela mandamental, na concepção frisada por Pontes de Miranda e seguida, entre outros, por Luiz Guilherme Marinoni, entre outros. Não muda o conteúdo da tutela do bem

Como se lê do cotejo do projeto original e do projeto que segue seu curso em processo legislativo, esse poder implícito de mandamentalização foi severamente apeado do juiz pelo legislador, restando algum poder geral condicionado e limitado, o que ainda assim representa acréscimo aos termos do código vigente e preserva a segurança e equidistância entre as partes e o juiz.

Fredie Didier Junior, com apoio em notável doutrina, já registrava, por ocasião da reforma de 2001, que o artigo 14, inciso V e parágrafo único, do código atual inauguravam a *contempt of court à brasileira*, afirmando se tratar de nítido exercício de poder de polícia, presente no artigo 125 do atual código, portanto de cunho administrativo, do magistrado.⁴³⁷

Muitos artigos do código atual, na pena de Ada Pellegrini Grinover, já ostentavam a mesma finalidade da *contempt* original, porém sem o mesmo colorido e as mesmas implicações, porquanto a sanção prevista, a pecuniária (e.g. artigos 17, 461, 601, todos do código atual), à exceção da multa prevista no parágrafo 1º do art. 14 do código atual, são revertidas à parte, e não ao Estado, o que, no entender da autora, não serviriam à função de sanção pelo atentado à dignidade da jurisdição, verdadeiro escopo da medida.⁴³⁸

Várias teses surgiram a respeito dos interditos, os quais inegavelmente eram modalidades de realizar a jurisdição fora do processo através de ordens emanadas pelo magistrado, com caráter sumário e oral. Cumprida a ordem, encerrava-se o feito. Não cumprida,

da vida, e sim sua eficácia executiva, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴³⁷ DIDIER Jr., Fredie. Processo de conhecimento, In DIDIER Jr., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 26, n. 102, pp. 219-227, abril 2001. Concordamos parcialmente com a ilustre professora, porque a dignidade da jurisdição também é prestigiada quando a tutela do bem jurídico é conferida à parte credora. O anteprojeto original corrigia a crítica e, em todos dispositivos em que previa multa em valor variável, admitia que, superando ela o valor da obrigação principal, fosse ela revertida ao Estado. Com a passagem do texto pela Câmara, permanece o panorama tal como previsto no código em vigor.

instaurava-se um procedimento para verificação da veracidade dos fatos narrados pelo autor. Se o autor a comprovasse, o pretor emitia a ordem para cumprimento.⁴³⁹

A partir do projeto originário, e em alguma medida o texto atual, antevêm-se uma série de medidas judiciais que, para os fins eficaciais e coercitivos, tomarão emprestado os efeitos pensados na *contempt of court*.

O *contempt* é a consequência jurídico-processual pelo descumprimento reiterado ou injustificado de uma *injunction*. Segundo Geoffrey Hazard e Michelle Taruffo

A injunção é uma ordem dada por magistrado e endereçada ao réu para realizar um certo ato ou série de atos, ou para que se abstenha de fazê-lo, distinguindo-se de um julgamento por danos; o típico julgamento em júri resulta em julgamento por danos. O típico julgamento por equidade, julgado sem um júri, busca uma injunção.⁴⁴⁰

O desrespeito a uma ordem de *injunction* será punido por um *contempt of court* civil ou criminal, podendo, nos Estados Unidos, acarretar penas severamente altas de multa, restrição a direitos e prisão. No Brasil, seu estudo vem se desenvolvendo a partir da inserção do artigo 14, inciso V e parágrafo único, do código atual, entendendo a doutrina que os provimentos mandamentais, de fato, exalam alguns dos efeitos da *contempt of court* original.⁴⁴¹

⁴³⁹ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: FIUZA, César (coord). Direito Processual na História. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pp. 48-49. Consoante Ovidio Baptista, os interditos consistem na base fundante das *injunctions*, e teriam natureza jurisdicional. Os pretores exercitavam a parte nobre da jurisdição, a coerção, determinando o cumprimento das medidas requeridas administrativamente. A jurisdição, na clássica Roma, era feita por privados e jungia-se a declarar o direito. A parte nobre era realizada pelos pretores, funcionários do Estado, cujas tarefas eram eminentemente administrativas. V. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica. 2ª ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997.

⁴⁴⁰ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven e London: Yale University Press, 1993, p. 156. No original: “An *injunction* is a court order directing the defendant to perform a certain act or series of acts, or to refrain from doing so, as distinct from a judgement for damages; the typical jury trial results in a judgement for damages. The typical equity suit, tried without a jury, seeks an *injunction*.”

⁴⁴¹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Existe trabalho sobre o ingresso do *contempt of court* na doutrina e praxe brasileira no âmbito deste programa de pós-graduação, detalhando extensamente o institutos nos sistemas paragonados e sua existência no Brasil. V. BARBOSA, Adriana Villa-Forte Barbosa. O *contempt of court* no direito norte-americano e brasileiro. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

Dessa forma, o estudo e a compreensão de todas as tutelas mandamentais, explícita ou implicitamente, deverão tomar por base a construção do já existente preceito.

De fato, tem-se que, pela leitura singela da legislação do projeto, todo e qualquer provimento judicial, não só atinente ao mérito mas a toda gestão processual, poderá vir acoplado com eficácia mandamental, o que, entende-se, emprestaria maior eficácia aos provimentos judiciais.⁴⁴² O anteprojeto modificou-se e amputou alguns dos efeitos, mas perdura a eficácia mandamental ainda após a passagem do texto pela Câmara.

São essas as principais modificações que podem ser lidas no texto do embrião do próximo código de processo civil.

14. Novas técnicas e formalismo-valorativo: exemplos ilustrativos

É lugar comum se afirmar que o calcanhar-de-aquiles do processo reside na execução, e na entrega, no plano dos fatos, da tutela ao bem da vida ao destinatário. Já se disse em doutrina, com acentuada dose de razão

Outra verdadeira “neurose” que preside boa parte das preocupações de estudiosos e de operadores do sistema jurídico é a da celeridade processual. (...) nem de longe desejamos incentivar mecanismos morosos de prestação jurisdicional, mas entendemos que a possibilidade de solução afobada das lides – assim como por muitos é apregoado – desmerece o sistema e o desacredita perante a sociedade. Assim como na vida biológica, também na “vida do direito” tudo tem seu tempo de germinação e de maturação, sendo improvável que o açodamento produza bons frutos.⁴⁴³

O descumprimento e o descrédito no judiciário, criando um círculo vicioso em que as demandas por maior celeridade e efetividade reprimem o respeito às garantias, levando a mais

⁴⁴² Já entendiam assim, com base no poder geral do juiz presente no artigo 14, V, do código atual, em maior ou menor extensão, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 26, n. 102, pp. 219-227, abril 2001; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Revista de Processo. São Paulo/SP, v. 30, n. 119, pp. 35-59, 2005.

⁴⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para sua intensificação - Propostas para minimizá-la. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 28, n. 109, pp. 134-147, jan./mar. 2003.

demandas, que igualmente são ignoradas, é um dos fatores culturais, vale se dizer, culpados pelo desrespeito espontâneo de exortações ao cumprimento espontâneo.⁴⁴⁴

Nada obstante, cumpre ao processualista se debruçar sobre a sua ciência e encontrar saídas para os males do processo, dentre eles os sociais, e, valendo-se do manancial interpretativo a seu dispor, interpretar a legislação e os casos concretos à luz dos paradigmas.

Ada Pellegrini Grinover se lança, em ensaio recente, a examinar a seguinte pergunta: as reformas processuais encampadas por praticamente todos ordenamentos processuais latino-americanos, visando conferir maior efetividade ao mecanismo de prestação de tutelas, têm sido acompanhadas de respeito às garantias do processo? A autora termina por concluir que as mudanças, em si, não causariam alvoroço ou prejuízo ao sistema, porém a utilização dos poderes deferidos pelos magistrados visando conferir maior efetividade ao processo teve como consequência diversas transgressões às garantias das partes.⁴⁴⁵ Recapitulando os conceitos dogmáticos reproduzidos na monografia, os poderes vieram desacompanhados, na prática, dos deveres ínsitos a eles.

Uma agradável novidade vem no artigo 870 do projeto⁴⁴⁶, que cria um procedimento incidental de impugnação à penhora de numerário em contas correntes, o que não vinha previsto

⁴⁴⁴ Interessante retrato antropológico e histórico do fenômeno da transgressão, que inclui sobretudo a transgressão à lei, e seus nefastos efeitos para a economia, política e demais áreas, está em CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (Coords.). *Cultura das transgressões no Brasil: lições da história*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO); Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008.

⁴⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Efficienza e garanzie: i nuovi istituti processuali in America Latina*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 203, pp. 267-292, jan. 2012.

⁴⁴⁶ Redação após aprovação pela Câmara em 17.07.2013

Art. 870. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de vinte e quatro horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de cinco dias, comprovar que:

I – as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;

II – ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

no artigo 655-A do código atual. Remenda a atuação judicial apressada, que não garante o direito de defesa, porquanto muitos magistrados já declaravam a penhora sobre ativos financeiros de terceiros, antes de conferir a palavra à parte que teve o dinheiro bloqueado, liberando-o em favor do credor.⁴⁴⁷ Muitos outros problemas causaram insegurança no manuseio do atual artigo 655-A.

Vale registrar aqui, mais do que nunca, que as formalidades inclusas tem o mérito de serem irmãs gêmeas da liberdade e inimigas juradas do arbítrio.⁴⁴⁸

Passa-se à análise de algumas novidades pinçadas no projeto.

14.1. Generalização da mandamentalização nos provimentos condenatórios?

A grande novidade⁴⁴⁹, em direito positivo⁴⁵⁰, a par de todo instrumental apresentado, é a concessão de poderes⁴⁵¹ aos juízes para, dentro da sua responsabilidade constitucional, sob

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em vinte e quatro horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de vinte e quatro horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6º Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que cancele a indisponibilidade, que deverá ser realizada em até vinte e quatro horas.

§ 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora, previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de vinte e quatro horas, quando assim determinar o juiz.

§ 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que torne indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

⁴⁴⁷ A crítica é reproduzida por Ada Pellegrini Grinover em ensaio recente, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Efficienza e garanzia: i nuovi istituti processuali in America Latina*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 203, pp. 267-292, jan. 2012.

⁴⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, pp. 7-31, setembro/2006. A máxima citada é de autoria de Rudolf Von Hering, que estudou a fundo a relação entre liberdade e as formas no direito romano.

⁴⁴⁹ Não se desconhece, e nem se pretende enveredar sobre a cizânia de que existe doutrina francamente avessa à idéia de mandamentalização das técnicas tutelares, porque vincula estritamente o conteúdo do direito material à eficácia processual da sentença – mandamental, executiva, entre outras. Essa linha de pensamento tem como premissa o

todas as chegadas apresentadas, criarem e construir técnicas, através de provimentos judiciais interinos, as mais variadas e adequadas ao caso concreto, positivando-se, a seu turno, diversos esclarecimentos e mandamentos de otimização para que obedeçam, as partes e terceiros, ao devido processo legal.

Humberto Theodoro Junior enfatiza, no contexto da simplificação e da transformação das sentenças executivas em sentenças mandamentais, a generalização e proliferação de técnicas diretas e indiretas de execução no projeto do novo código.

Para o autor, o direito atual herdou a *actio judicati* dos romanos, separando integralmente as funções de julgamento a execução⁴⁵², e os modernos ressuscitaram a velha *actio judicati*⁴⁵³ sob o rótulo de ação executiva.

rechaço à cisão entre o direito material vindicado e o direito processual resultado da decisão judiciária. O grande prócer dessa crítica na doutrina pátria é Ovídio Baptista da Silva, para quem a classificação das ações e sentenças diz respeito às eficácias de direito material de cada uma delas, e seu estudo não pode prescindir do estudo da natureza do direito substantivo, sob pena de estorvo à atual reaproximação entre direito e processo. V. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. Sao Paulo: R. dos Tribunais, 1997, p. 179 e ss.

⁴⁵⁰ Partilha-se aqui da opção teórica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e outros, para quem a eficácia da sentença é o resultado processual da tutela conferida ao direito material, a qual certamente gozou de prestígio legislativo, porquanto o legislador reformador pretendeu inserir os vocábulos “mandamental”, “condenatória” e “executiva lato sensu” para agregar as eficácias de umas às tutelas de outras, de modo que se desprende da concepção arraigada e fixa de vinculação da tutela à nota distintiva do direito material. Afirma ele “O provimento jurisdicional, embora se apóie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque além de constituir resultado de trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal.” cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Problema da Eficácia da Sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Organizadores). Polêmica Sobre a Ação: A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo. 1a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50. Não há espaço e nem pretensão de desenvolver assunto assaz complexo, mas reconhecer que o legislador voluntariamente, visando conferir a máxima efetividade a todo e qualquer provimento jurisdicional, independentemente da premissa teórica, filiou-se àqueles que separa confere o máximo potencial de miscigenação de técnicas de tutela oriundas de outras formas de tutelas àquelas que inicialmente não o teriam.

⁴⁵¹ Amplíssimos no projeto original, e atualmente bastante limitados após passagem do projeto substitutivo pela Câmara dos Deputados em 17.07.2013.

⁴⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. Sao Paulo: R. dos Tribunais, 1997. O autor estuda profundamente as bases do processo civil romano e tece um histórico minucioso da herança dos sistemas da *civil law e common law* em relação ao processo romano clássico, com as consequências daí advindas, quais sejam, a adoção, pelo nosso sistema, do conceito romano de jurisdição privada, entendido como declaração de direito, pelo que outra ação, a *actio judicati* moderna, deveria ser reproposta, ao passo que o direito anglo-americano preservou a parcela mais significativa dos poderes atribuídos aos magistrados romanos, os interditos.

⁴⁵³ Para uma ampla compreensão do tema no direito romano, WENGER, Leopold. *Actio Iudicati*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954.

Desde as reformas pontuais dos anos 2000, passando pelo projeto do código, tem havido alteração nesse campo. O direito processual passa a se desvencilhar dos entraves e deficiências da ação executória em dois sentidos: amplia-se o rol de sentenças autoexequíveis⁴⁵⁴ e, no que importa para o objeto da monografia, instituem-se medidas coercitivas para induzir o devedor a, voluntariamente, dar cumprimento à sentença, e medidas de apoio para que seja facilitada a obtenção do resultado prático almejado.

Para Humberto Theodoro, ambas medidas, em conjunto, contribuiriam para que se exhiba, já sob a égide do código atual, o caráter de mandamentalidade a todas sentenças condenatórias, ou seja, todas já conteriam uma autorização implícita para, antes de instaurado processo executivo, já se pressione o obrigado a cumprir a tutela.⁴⁵⁵ É uma concessão à efetividade e à simplificação, posto que o acesso às vias executivas se torna mais expedito, autorizando-se que o próprio juiz adote as medidas executivas previstas em lei para o caso.

Guilherme do Rizzo Amaral, em passagem explicativa, disserta

Aliás, dizer que o legislador não pode alterar a carga de eficácia de determinadas decisões judiciais, ou, diríamos melhor, que não pode outorgar ao juiz, mediante mudança na lei instrumental, técnicas de tutela diferentes da mera condenação para determinadas situações, é ignorar que, até há pouco tempo atrás, as sentenças que condenavam à entrega de coisa eram, por mais óbvio que isso

⁴⁵⁴ Para Marinori, esse aspecto é de somenos importância, e não resolve quaisquer dos problemas de efetividade relacionados à execução. São, em verdade, os meios postos à disposição do credor que irão permitir, em execução, criar um ambiente propício à sua satisfação efetiva, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; Tutela Inibitória. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp. 415-416.

⁴⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no moderno processo civil. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 20, n. 77, jan./mar. 2012. Entendemos que atualmente nem todas, a nem ser por interpretação, tem característica puramente mandamental. As obrigações de pagar contra a Fazenda Pública, por exemplo, continuam sendo condenatórias, e as obrigações de pagar contra devedor solvente são mandamentais, mas precipuamente condenatórias. Entretanto, as colocações do autor são úteis na análise do projeto do código, visto que a ele se aderem em absoluto. Barbosa Moreira, em ensaio seminal, critica os critérios de classificação de sentenças, afirmando serem artificiais, fundados em parâmetros diversos, pelo quê etiquetar uma ou outra modificação legislativa, tal qual a realizada pela Lei 10.444/02, importaria sérios problemas. Porém, confere o maior relevo, sim, às técnicas e à forma de efetivação das sentenças. V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? Revista de processo, vol. 114. São Paulo: RT, 2004. pp. 147-162. Afirma ainda que a mandamentalidade depende de reputar imediatos os efeitos dos provimentos que inauguram os procedimentos de obrigação de fazer, não fazer e dar, não se podendo dar uma classificação rigorosa a priori. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

possa parecer, condenatórias, meros juízos de reprovação (...). Hoje, em face única e exclusivamente das mudanças na legislação processual, proporcionadas pela Lei 10.444/02, as sentenças proferidas com base no artigo 461-A, como visto, podem ser classificadas como executivas, ou mesmo como mandamentais em alguns casos.⁴⁵⁶

Luis Guilherme Marinoni desconstrói a vinculação necessária de cada espécie de procedimento, desvinculando a natureza da sentença da natureza da obrigação e da natureza da técnica.⁴⁵⁷ Para o autor, pouco importa a natureza da sentença ou da tutela, e sim as técnicas oferecidas em favor do demandante, que deverão promover o mais amplo acesso e fruição ao bem da vida. É mandamental o provimento quando, acoplado à ordem para cumprimento imediato, agrega-se a sanção.

De todo modo, não convém aqui retornar à análise compartimentalizada das tutelas e trilhar a análise para as sentenças. O que importa registrar, na esteira de Marinoni, é a pulverização das técnicas reservadas pelo legislador e os poderes conferidos ao juiz para prestação da tutela no que tange a elas.

Essa combinação simultânea ou sucessiva de efeitos mandamentais e executivos, independentemente de modificação formal e sem afronta ao princípio da congruência (previsto no atual artigo 463 do código), recebeu o nome de *instabilidade virtuosa* em doutrina, por reconhecer a maleabilidade e uma abertura à adaptabilidade, já no código vigente, frente à eventual resistência ao cumprimento da tutela no mundo real.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. Técnicas de tutela e o cumprimento da sentença no projeto de Lei 3.253/04: uma análise crítica da reforma do processo civil brasileiro. In AMARAL, Guilherme Rizzo (org.); CARPENA, Márcio Louzada (org.). Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem a José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 132.

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 446 *et seq.*

⁴⁵⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 177.

14.2. Plasticidade das normas procedimentais na efetivação de tutelas?

Viu-se, em capítulo anterior, que o projeto original fora pródigo⁴⁵⁹ em conferir, mediante cláusulas gerais, poderes de adaptação, de criação e de conformação do procedimento à técnica mais apta a satisfazer o credor. Embora sem olvidar das garantias do processo e do réu, a execução *lato sensu* se mostrava mais favorável à efetividade.. As modificações adotadas pela Câmara penderam em favor da segurança e da previsibilidade.

A leitura fria dos artigos relativos à manipulação procedimental e à adoção da técnica e tutela jurisdicional mais efetiva no caso concreto, tal qual previsto no projeto original, permitia que o magistrado, exercendo seu poder dever de prestar a tutela jurisdicional, manipulasse os procedimentos e as técnicas de cumprimento de tutela jurisdicional, obedecendo sempre o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, outros artigos do projeto ainda determinam que as partes e terceiros que intervenha no processo tenham o dever, sob pena de multa, de cumprir os provimentos judiciais-mandamentais.

O parágrafo 8º do artigo 503 rezava que, sempre que o comportamento do réu puder pôr em risco a vida, a liberdade e a saúde, o provimento seria mandamental e sujeito a incursão no crime de desobediência. Tal enunciado foi extirpado no projeto em curso.

Inicialmente, tem-se que o projeto original, em louvável esforço de conferir maior previsibilidade e restringir os poderes judiciais, autorizou que somente para os três casos específicos tratados nesse dispositivo poderia ser admoestada parte ou terceiro com ordem mandamental, sob pena de incursão em crime.

Tratava-se de previsão cogente e expressa, pelo que eventuais descumprimentos de provimentos judiciais alheios a esses três artigos não poderiam ser apenados com crime de desobediência.

⁴⁵⁹ O projeto que retorna para reapreciação no Senado Federal ainda o é, embora em menor escala.

O legislador do anteprojeto foi feliz em eleger um critério de proporcionalidade em abstrato, para afirmar que apenas quando determinados bens jurídicos, que qualificou como de maior envergadura, estiverem em risco é que poderá o juiz atribuir a sanção estimada.

Diante disso, fica perfeitamente claro que a regulamentação pormenorizada desautorizaria o recurso ao poder conformador do juiz em casos alheios ao previsto no texto do projeto.

Pensamos que a supressão de tal dispositivo, aliado à concessão de poderes de mandamentalização ainda expressos na parte geral do código, poderão fazer com que o juiz da causa agregue a quaisquer provimentos a eficácia mandamental, ainda que limitado por outros enunciados já citados e pelo metacritério da proporcionalidade e da subsidiariedade. A alteração legislativa, ao que parece buscando coibir os poderes juiz, poderá gerar efeitos opostos.

Ampliar poderes, com base em autorização, é algo que o anteprojeto já prevê explicitamente. Porém, entender que essa ampliação, verdadeira norma de procedimento constitutiva, possa prevalecer diante de vedações que se expressam na regulamentação geral e exaustiva, importaria fazer tábula rasa do processo democrático e constitucional de criação da lei processual pelo legislador em seara na qual já logrou ele fazer um juízo hipotético e abstrato da razoabilidade da norma genérica.

Daí a importância do paradigma do formalismo-valorativo, que serve não só para disciplinar e conferir poderes ao juiz, mas também para freá-lo, quando necessário, em atendimento aos anseios de previsibilidade e segurança.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ Participamos de painel sobre execução civil no projeto do novo código de processo civil por ocasião do II Encontro de Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ocorrido em Salvador(BA) entre 8 e 9 de novembro de 2013. Na ocasião, foi proposto em grupo, com aprovação por maioria, e referendado em assembléia plenária geral sem objeções, verbete interpretativo no sentido de que os poderes judiciais previstos no art. 139 do projeto em curso para realização do bem da vida são de aplicação subsidiária e residual em relação aos procedimentos típicos previstos na parte especial, não cabendo ao magistrado se aqodar em construir, de antemão, técnicas para realização de atos de jurissatisfação do direito material, devendo fazendo apenas motivada e arrazoadamente, em vistas da impossibilidade de, no caso concreto, as técnicas previstas pelo legislador serem efetivas.

Aliás, o arsenal linguístico de que se vale o projeto do código, a reboque da concessão de poderes-deveres a partir de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, não ofertam ao julgador uma carta de alforria para o exercício de arbítrio judicial na realização de atos jurídico-processuais com reflexo nas garantias e direitos das partes. Ao revés,

“(...) a adoção das cláusulas gerais não importa num sistema discricionário sem qualquer amarra, já que os remédios de correção poderão agir tanto na parte puramente objetiva, como também dentro da postura de preenchimento do espaço de valoração, permitindo que determinado litigante venha recorrer da decisão judicial que integrou incorretamente o espaço valorativo deixado na norma. Utilizando-se da experiência de outras situações já corriqueiras, no direito processual civil é muito comum pretensão recursal para revisão dos requisitos das tutelas de urgência, exemplo de conceito vago.”⁴⁶¹

De toda sorte, a importância do juiz de primeiro grau cresce à medida em que lhe são cometidos poderes, ainda que se lhes houvera acanhado a Câmara dos Deputados. Deve o magistrado valorar, a todo momento, as consequências do exercício de seu poder-dever, as normas procedimentais, a etapa processual, a construção do procedimento e as técnicas disponibilizadas pelo sistema.

Guilherme Rizzo do Amaral registra que, quando o legislador elegeu expressamente técnica de tutela menos efetiva, deve haver o respeito, não se tratando de formalidade perniciosa caso a técnica menos eficiente, em análise fria, seja capaz de proteger outros interesses socialmente relevantes, tais como a previsibilidade, o patrimônio moral do réu, entre outros.⁴⁶²

Por isso afirma Alvaro de Oliveira, com apoio em Baur, que “tão importante é a tipicidade do procedimento estabelecido previamente pela lei, com base em determinados valores

⁴⁶¹ MAZZEI, Rodrigo. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI(org.), R. Rodrigo (org.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2º. ed. Salvador: PODIVM, 2007, pp. 59-60.

⁴⁶² Efetividade na acepção formalista-valorativa, ou seja, aptidão para alcançar seus fins, sejam eles bons ou ruins, tenha dessa operação resultado mais prejuízos, no global, do que vantagens para o credor. V. parte II.

e experiências, que é pensada mesmo, por certa doutrina, como nota distintiva essencial da jurisdição em face da administração.”⁴⁶³

Igualmente, atua o respeito à legislação como forma de contenção do arbítrio do juiz, ou ainda como modo de evitar a periclitación do próprio direito material perseguido em juízo, porque impede a realização uniforme dos direitos e a igualdade formal entre as partes⁴⁶⁴, dois dos valores nobres protegidos pelo formalismo-valorativo.

Da mesma forma e pelas mesmas razões, não se autoriza que o procedimento rígido e minucioso para satisfação de obrigação de pagar quantia certa tenha suas formalidades dispensadas sem rigor metodológico, sendo certo que permanecerá o procedimento padrão para a satisfação, podendo o juiz valer-se da previsão explícita da aplicação de multa para obrigação de pagar.

Iguais minúcias advieram em diversos outros dispositivos atinentes ao procedimento para obrigação de pagar, criando uma maior segurança para os operadores.

Quanto ao patamar da multa (dez por cento) do projeto para incidência em caso de recalcitrância após quinze dias de citado em procedimento de obrigação de pagar, também se acredita que não haja espaço para criatividade judicial, porque o legislador expressamente deu-lhe um valor e fixou-lhe uma incidência única e automática.

Mexer na técnica de multa fixa importaria alterar o procedimento e criar um *tertium genus*, em prejuízo tanto de credor, que busca, em verdade, a satisfação da obrigação principal apenas, quanto do devedor, que se verá acossado por ameaça maior do que prevista em legislação expressa.

⁴⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

Outro aspecto historicamente polêmico é a utilização de medidas coercitivas e dissuasórias visando compelir o devedor de quantia a pagá-la. Trata-se de assunto assaz inquietante na doutrina, não havendo consensos, tendendo a jurisprudência maciça a rejeitá-la, embora haja isolados julgados acolhendo essa postura.⁴⁶⁵

O projeto original de código trazia previsão expressa no sentido de que, em ações pra prestação de tutela pecuniária, o juiz teria o poder-dever de impor medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive para prestação pecuniária, o que fora extirpado em relação a essa última.

Parecia-nos haver aqui uma falsa impressão de atribuição de poderes amplos. O vocábulo “ordem judicial” não devia ser entendido aqui como a intimação inicial do devedor para pagamento de obrigação, ao risco de criar um procedimento concorrente para prestação de tutela jurisdicional e fazer tábula rasa das garantias do processo e do direito do réu de ser legalmente processado na forma do procedimento que lhe assegura uma maior segurança quanto à excussão do seu patrimônio, que é o procedimento ordinário, consoante técnicas sub-rogatórias ordinárias de prestação de tutela.

Esse posicionamento já é defendido também por Guilherme Rizzo Amaral, para quem igualmente a existência de um procedimento menos efetivo não outorga ao juiz o poder de desconsiderar, por inteiro, o procedimento e adotar o procedimento próprio, em desacordo com os direitos e garantias do réu e com os próprios reclamos do sistema.⁴⁶⁶

O procedimento por sub-rogação é extenso e complexo, e a participação do juiz se dá equilibrando as partes em vários momentos e em diversos incidentes irrompidos (v.g. impugnação a valor de avaliação de bem, oferta de bens para garantia de penhora, desconsideração da personalidade jurídica), não se comprazendo com a expedição de singelas técnicas dissuasórias e

⁴⁶⁵ Em doutrina o julgado citado paradigmático no Brasil admitiu a cominação de multa, na função de astreinte, para o fim de compelir devedor a pagar soma de dinheiro: ver TJRS, 6ª. CC, Rel. Des. Osvaldo Stefanelo, Ação Rescisória 599263183, julgada em 26.04.2000, em especial o voto do Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

⁴⁶⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, pp. 194-198.

espoliação patrimonial de outrem, senão nos estritos termos em que previstos em lei, com respeito a um *pars conditio creditorum*, entre outras garantias do sistema.

O projeto substituto aprovado em comissão especial na Câmara dos Deputados reparou os excessos do dispositivo contido no cenário originalmente proposto, mantendo em linhas gerais o sentido da redação original e suprimindo a autorização de adoção de técnicas e medidas diversas para satisfação de obrigação pecuniária.

No mais, a liberdade judicial para construção de atos procedimentais tendentes a conferir efetividade às tutelas, nas hipóteses em que é expressamente autorizada, deve ser enaltecida, des que precedida do inafastável contraditório participativo, e excepcionalmente diferido, quando as circunstâncias do caso concreto demonstrem imprescindível essa cautela (v.g., a dilapidação patrimonial iminente do devedor).⁴⁶⁷

Nesse sentido preconizam Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni que a cláusula geral de observância do contraditório “não tem o condão de afastar do processo a necessidade de sua realização diferida (*inaudita altera parte*) ou eventual. O conceito de contraditório obviamente não se confunde com as suas formas de efetivação. São coisas diferentes”, razão pela qual “o direito ao processo justo é oriundo da concordância prática entre seus elementos – isto que dizer que pode o contraditório ceder passo à necessidade de adequação da tutela jurisdicional”.⁴⁶⁸

Noutro eito, a rigor, a interpretação desarrazoada do poder mandamental, então, há de ser vista *cum granus salis*. Os procedimentos existentes e trazidos pelo legislador devem ser

⁴⁶⁷ A versão atual, aprovada pela Câmara, trata de excepcionar o contraditório prévio apenas quando se mostrar necessária a tutela de urgência. (Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à tutela antecipada de urgência e às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III.) Pensamos caber interpretação ampliativa da cláusula de exceção, porquanto a necessidade de se promover o contraditório diferido ocorre em situações mais além daquelas previstas no parágrafo único do artigo 9º da versão atual, a exemplo da situação em que o devedor se encontra, em execução de pagar, na iminência de dilapidar seus bens (e.g., presentes pressupostos da ação cautelar de arresto)

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

respeitados a princípio. A previsibilidade, a segurança, a proteção à não surpresa, entre outros interesses, não podem ser livre e abstratamente sopesados em face da existência de procedimentos específicos e minudentes.

A simbiose propugnada por parte da doutrina é altamente louvável quando inspirada em cláusulas abertas dadas pelo legislador, na dosimetria concreta e com base em dados concretos, discutidos em juízo pelas partes ou, se necessário o provimento liminar, motivado pelo juiz. Os critérios hermenêuticos estão postos.

O intercâmbio de institutos e a importação desarrazoada e impensada de modelos de procedimento não representa um valor em si mesmo e deve ser repellido.⁴⁶⁹ Cada sistema é distinto, imerso em um caldo cultural diferente, e as soluções para um determinado país não serão adequadas para outro, tampouco o sincretismo irrefletido de suas variantes.

A experiência histórica e comparada mostra, ademais, que sequer no direito anglo-saxão, no qual a doutrina dos *implied powers* teve o maior rebuscamento, abriu-se mão do procedimento por sub-rogação para pagamento de prestação pecuniária.

Conforme afirmam Geoffrey Hazard e Michele Taruffo, o procedimento para saldar quantia é complexo e altamente técnico. Tem ele previsão expressa nas *Federal Rules of civil Procedure* de 1938, sendo legislação nacional nos Estados Unidos.⁴⁷⁰ O procedimento, em si, contém a previsão de uma série de atos visando expropriar os bens do devedor e obter fundos para pagar a dívida em execução.⁴⁷¹ Nada muito diferente daqui.

A própria doutrina norte-americana dos *implied powers* se assentava na concessão de poderes excepcionais e específicos aos juízes, porquanto, nas bases das idéias dos federalistas,

⁴⁶⁹ Com base em amplo estudo comparativo em relação aos modelos de procedimento, v. STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 200, pp. 203-234, out. 2011.

⁴⁷⁰ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven e London: Yale University Press, 1993, pp. 24-28.

⁴⁷¹ *Id.*, *Ibid.*, pp 194-195.

causava repulsa a existência de poderes sem controle.⁴⁷² O que era enaltecido como exceção não deve ser transplantado como regra.

*Tanto é que a própria Federal Rules desenvolveu critérios para autocontenção na outorga de injunctions: probabilidade de sucesso do demandante no mérito, improbabilidade de dano à parte contrária, equacionamento de danos entre ambas as partes e o interesse público.*⁴⁷³

14.3 Nomeação de interventor ou administrador

Outra novidade é a previsão da destituição de administrador de empresa ou de entidade ideal similar.

A medida é claramente inspirada no antigo artigo 69 da Lei 8.884/94, reprisada pela atual lei do sistema brasileiro de defesa econômica nos artigos 102 e seguintes⁴⁷⁴, que previam a

⁴⁷² STOLL-DEBELL, Kirstin; DEMPSEY, Nancy; DEMPSEY, Bradford. *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. Illinois: American Bar Association, 2009, p. 4. Explicam os autores que as *injunctions* são herdeiras das cortes de *equity* inglesas, em que o *chancellor* detinha amplos poderes de *reasonableness* para conferir, ou não, a *injunction*. E o grande óbice levantado pelos anti-federalistas era a natureza anti-democrática da importação da medida, pelo quê o Federalista Alexander Hamilton respondera que somente se tolerariam as *injunctions* em casos extraordinários. Em 1938, com a Federal Rules of Civil Procedure, as cortes de direito e de *equity* se fundiram nos Estados Unidos, tendo sido retomada a celeuma, que fora dissipada pela importação da medida, que se considerou boa, porém sob severas contenções e condicionada a uma série de requisitos, *afastando-se daí a raiz romana dos interditos, que era proferidos com base em cognição e argumentação sumária*. v. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. Sao Paulo: R. dos Tribunais, 1997, com ampla digressão sobre a evolução do instituto e sua assimilação pelo direito inglês.

⁴⁷³ STOLL-DEBELL, Kirstin; DEMPSEY, Nancy; DEMPSEY, Bradford. *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. Illinois: American Bar Association, 2009, pp. 4-5.

⁴⁷⁴ Lei nº 12.529/2011

Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 103. Se, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em 3 (três) dias, o juiz decidirá em igual prazo.

Art. 104. Sendo a impugnação julgada procedente, o juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 105. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 106. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

figura do *master à brasileira* para os casos em que houver processo judicial visando desconstituir dano ou prevenir ilícito oriundo de infração à ordem econômica, de natureza difusa.

Trouxe o projeto a previsão da medida sub-rogatória no artigo 550, clonando a disciplina da lei do sistema brasileiro de direito econômico, concernente à nomeação de interventor para atuar à frente de atividade empresarial ou similar, outorgando ao juiz uma imensa responsabilidade em dois momentos: a medida deve passar pelo crivo da proporcionalidade, posto que acabar por impor o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer de maneira compulsória ao demandado⁴⁷⁵, privando-o do exercício de atividade empresarial ou ideal; a medida deve ser acompanhada de larga motivação, detalhando os limites do múnus e as funções atribuídas.⁴⁷⁶

§ 2o A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 107. O juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor, devendo eventual substituição dar-se na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1o Se, apesar das providências previstas no caput deste artigo, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o juiz procederá na forma do disposto no § 2o deste artigo.

§ 2o Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o juiz determinará que este assuma a administração total da empresa.

Art. 108. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; e

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 109. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 110. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 111. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

⁴⁷⁵ Parece-nos acertada a análise realizada por Eduardo Talamini, sobretudo quando se vale de raciocínio de testagem de proporcionalidade, para aferir que a sub-rogação, como técnica de efetivação de tutela de fazer e não fazer, é medida extrema, devendo respeitar os direitos fundamentais do demandado, porém admissível. TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Na sua vida privada, por exemplo, não se pode admitir a substituição por completa da vontade de um indivíduo, nomeando-se gestor judiciário para realizar compulsoriamente atividade. Porém, no exercício de administração de entidade moral (e.g. empresa, espólio, condomínio, associação, sindicato), nada obsta que a previsão do projeto do código vingue.

Giuseppe Tarzia afirma não ver problema algum na delegação de algumas atividades para gestores, entendendo que o juiz deve intervir apenas para solucionar incidentes, e registra que o magistrado terá sempre o poder de dar instruções ao oficial judiciário, e este terá o dever de sempre se dirigir ao juiz quando tiver dúvidas ou receber objeções.⁴⁷⁷

Não vemos com maus olhos a nomeação de gestores. Ocorre que devem ser preservadas as garantias processuais das partes, devendo o juiz ficar atento para que, rapidamente e tão logo instado por uma das partes, venha ele a dar pronta solução ao incidente, *liquidando, a todo momento, as obrigações de fazer e não fazer oriundas da tutela respectiva*, porquanto definir o conteúdo da obrigação faz parte do exercício da jurisdição.

A instabilidade dos bens jurídicos protegidos nos direitos difusos⁴⁷⁸ reclamarão a atuação judicial com fulcro no artigo 550 do projeto, se aprovado for, devendo o provimento judicial ser detalhado e motivado cuidadosamente.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. Revista de Processo. São Paulo: RT. v. 23, n. 90, abr./jun 1998, p. 68.

⁴⁷⁸ É da natureza dos bens coletivos e difusos a instabilidade perene, sobretudo os bens ambientais, sujeitos às intempéries da natureza e de toda a coletividade. Em doutrina defende-se a instabilidade dos bens jurídicos ambientais, Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁷⁹ Não é matéria da presente monografia, mas são absolutamente percucientes e relevantes as preocupações de Daniel Mitidiero e Luis Guilherme Marinoni acerca da ausência de disciplina sobre a motivação das sentenças e decisões judiciais no projeto do código, à semelhança do código atual. Por isso a preocupação dos autores em exigir que o projeto “explicita os requisitos que entende devidos para que determinada decisão possa ser considerada motivada. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 42 e p. 44. Não se explicitaram no projeto os critérios objetivos, e portanto controláveis, para se considerar uma decisão motivada suficientemente ou não, retomando-se o problema das dificuldades de controle. O sistema processual pede segurança e previsibilidade; as partes têm direito ao contraditório participativa, e é corolário lógico desse contraditório e motivação idônea. Se não se buscar sequer a criação de critérios e métodos para motivação das decisões (entendemos que o vocábulo “motivada” é conceito jurídico indeterminado), como se pode pretender afastar a arbitrariedade e o solipsismo judicial, *e.g.*, em decisões parcamente fundamentadas que impõem ônus severos ao executado em obrigações de fazer e não fazer nas quais a liquidação do julgado é absolutamente subjetiva e vaga?

O artigo 499 do projeto que se seguiu à Câmara contempla os requisitos mínimos de uma decisão recorrida, explicitando os ônus do magistrado na motivação, corrigindo parcialmente a falha anotada pelos autores.

14.4 Confrontamentos finais das novidades em face do paradigma estudado

As alterações legislativas, embora não modifiquem a espinha dorsal do grupo de técnicas de prestação de tutelas, trouxeram algumas novidades pontuais e, principalmente, delegam aos juízes seríssimos poderes.

O projeto, ao mesmo tempo em que regulamenta com minúcias alguns aspectos, é pródigo em conferir meios às partes para que técnicas sejam construídas de maneira casuística. Portanto, as admoestações de Alvaro de Oliveira devem ser levadas em conta caso finalmente aprovado o anteprojeto analisado, pois “não se pode deixar de levar em consideração que a própria insegurança do sistema passa a exigir um esforço maior da doutrina, que assim realimenta o sistema, dá-lhe maior organicidade e, portanto, maior segurança e previsibilidade”.⁴⁸⁰

Apercebeu-se José Rogério Cruz e Tucci de tais problemas de índole matricial do projeto. Ao mesmo tempo em que o autor elogia a alteração legislativa proposta, considerando-a realizadora de muitos dos anseios de efetividade, preservando o devido processo legal em sua parte geral e em alguns dispositivos específicos, deixou ele de realizar um disciplinamento mais minudente em algumas circunstâncias, abrindo flancos para o amplo arbítrio e decisionismo. Afirma, em suma, que mormente a ampliação dos poderes judiciais decorrentes do *case management* poderia ser mais detalhada, dando limites à atuação jurisdicional, para evitar que a prerrogativa não se traduza em arbítrio.⁴⁸¹

Cumpra aos intérpretes e, sobretudo, aos tribunais superiores, que julgarão a aplicação na prática por parte dos juízes do novo arsenal legislativo, dar a devida atenção para as advertências de Kazuo Watanabe

O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e codificação. Revista de processo, São Paulo: RT, v. 35, n. 179, pp. 261-271, jan. 2010.

⁴⁸¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 192, pp. 193-209, fev/2011.

utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.⁴⁸²

O paradigma sócio-cultural e filosófico não pode ser mudado. Interpretar o instrumental normativo com os olhos voltados para trás pouco ou nada resolve, senão agrava os problemas de insegurança.

Convém recordar Barbosa Moreira, que de forma enfática sintetizou o desejo de todos operadores do direito. Para o autor, a prestação jurisdicional deve ser mais eficiente do que é, porém “se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço”.⁴⁸³

Sem a qualificação e mudança da mentalidade dos operadores do sistema, com a reorganização da dinâmica entre as partes e a atenção ao fator ético⁴⁸⁴, nenhuma mudança, por mais bem intencionada que seja, encontrará porto seguro.

Humberto Theodoro Junior, embora não reconheça no projeto alguns dos entraves metodológicos e epistemológicos referenciados, descortina seu pensamento sobre as soluções adotadas a partir de eventuais problemas causados pelo protagonismo judicial no projeto

Se ainda hoje ocorrem abusos e autoritarismo no comando de alguns processos, não é o sistema normativo que os provoca. É, isto sim, a insurreição contra o regime legal, praticada por despreparo ou desvio de poder, ocorrências patológicas que não se consegue evitar totalmente qualquer que seja o modelo procedimental eleito. Contra tais práticas ilícitas, a lei processual se ergue, mediante vários antídotos, como o do contraditório efetivo, a obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões, o duplo grau de jurisdição, a rescindibilidade das sentenças ilegais, a responsabilidade civil e disciplinar dos juízes, entre tantos outros expedientes preventivos e corretivos. O certo, porém,

⁴⁸² WATANABE, Kazuo. Da cognição do processo civil. 2a ed. rev., Campinas: Bookseller, 2000, pp. 20-21.

⁴⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, pp. 141 - 150, 2000.

⁴⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e codificação. Revista de processo, São Paulo: RT, v. 35, n. 179, pp. 261-271, jan. 2010.

é que desvios e deficiências no exercício da jurisdição não se eliminam com leis, mas com aprimoramento da gestão do Poder Judiciário. De nada vale criar-se legislativamente um procedimento democrático e justo se os encarregados de sua aplicação não são preparados para sua adequada aplicação e se os organismos de atuação não são equipados com os recursos humanos e tecnológicos indispensáveis.⁴⁸⁵

Ainda que em trâmite o documento legislativo, a responsabilidade da doutrina já é grande. O processo lida com dois vetores que costumeiramente estão em rota de colisão, e é papel da comunidade científica discutir, com serenidade e altivez, sobre a paisagem que se seguirá no dia seguinte após eventual aprovação do projeto.

Cumprir levar em conta as advertências lançadas por Salvatore Satta há mais de cinquenta anos, quando, analisando modificações no processo italiano advindas de processo legislativo baseado na dogmática e sem repercussão na experiência prática, sem a expressão de uma sociedade e de uma civilidade, da qual o legislador deveria se fazer intérprete: o protagonismo do juiz, a serviço da simplificação, pode ser mote de infinitas complicações; o processo que se gesta pode vir a criar novos problemas sem nunca antes ter resolvido os velhos.⁴⁸⁶

Segurança e efetividade não precisam ser inimigas. O canto da sereia só seduz aqueles que se deixam ludibriar. Cabe à comunidade jurídica avaliar com denodo e serenidade as responsabilidades atribuídas ao juiz e às próprias partes. Ou ficará se perguntando se ainda há juízes em Berlim quando os juízes não mais lhe servirem.

⁴⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. Revista de informação legislativa, Distrito Federal (Brasília), v. 48, n. 190 t.1, pp. 237-263, abr./jun. 2011, p. 261.

⁴⁸⁶ Livre tradução de SATTA, Salvatore. *Il formalismo nel processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, ano XII, n. 4, p. 1141-1158, dez. 1958, p. 1146. No original “*si è visto che cosa capita quando viene imposto dall’alto: la presenza del giudice, che doveva essere magicamente risolutiva, diventa un impaccio cammino; le forme, la nullità, i termini, le preclusioni, le cause di estinzione, che dovevano essere strumento di semplificazione, diventano cause di infinite complicazioni; si consegue in una parola l’effetto diametralmente opposto a quello che si voleva raggiungere. E allora si ripiega mestamente verso le leggi modificatrici, e ne nasce un processo composto, che crea nuovi problemi senza risolvere i vecchi, nell’insoddisfazioni di tutti.*”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O desvelar de uma nova época exige do intérprete o conhecimento pleno do contexto em que vive, das nuances sócio-culturais, da filosofia e da história. Fazer ciência e estudar ciência é, ao cabo e ao fim, um ato de inter-disciplinariedade.

2. Nada obstante, ao mesmo tempo em que se exige o conhecimento e o manejo de métodos de aproximação do objeto, criação e transformação, é preciso que se tenha claras as fronteiras e as distinções entre cada um dos métodos. Multi-disciplinariedade não é sinônimo de sincretismo.

3. O mundo atual não espelha mais a estrutura de forças sob o pálio das quais emergiu o direito processual, como disciplina autônoma, nos albores do século XIX.

4. A Constituição como centro axiológico e deontológico, dotada de força normativa, é o início e o fim de todo e qualquer ato de construção de significados juridicamente relevantes.

5. A filosofia contemporânea não trabalha mais o conceito de norma jurídica como se trabalhava em tempos idos. A univocidade de sentidos da norma jurídica processual é fetiche do racionalismo e do iluminismo. Os métodos de interpretação e integração do direito igualmente se mostraram artificiais.

6. Não faz sentido reduzir as normas jurídicas processuais à norma jurídica abstrata e geral que lhe deu fundamento. A própria epistemologia pós-moderna exige uma postura ativa e construtiva do aplicador. A norma jurídica, em um contexto filosófico que entende o direito como linguagem, deve ser enunciada, e o produto dessa enunciação é a norma. A tautologia é intencional, porém não é inútil.

7. À norma jurídica processual se aplicam os mesmos caracteres de dogmática aplicáveis às demais normas do ordenamento.

8. A norma jurídica é composta dos âmbitos pragmático, semântico e lógico. É ela classificável em norma de conduta e norma de competência ou constitutiva. As normas de processo majoritariamente são de competência, embora existam normas que vinculem diretamente as partes, numa relação obrigacional de direito público.

9. As normas processuais, ainda quando não obedeçam a um critério de vínculo jurídico obrigacional público, substanciam poderes-deveres. E, na medida em que trazem deveres aos seus titulares, podem ter seu conteúdo vindicado em juízo. As partes podem exigir do Estado-juiz o cumprimento dos deveres, que, em geral, ligam-se à finalidade da norma.

10. No âmbito da semântica, duas características se impõem. A primeira delas é que a norma é composta de uma parte substancial ou valorativa, incluindo argumentos constituídos para mostrar quais interesses devem ser perseguidos e quais razões devem guiar a ação a ser desenvolvida pelo direito. A segunda reside na conceituação de valores, razão para ação, norma, e natureza das regras de inferência que governam a prática jurídica.

11. A razão prática é elemento de coesão e coerência da norma. Mas deve ser universalizável, e nunca individual ou interno, daí porque a razão prática há de ser procedimentalizada.

12. Uma teoria da interpretação jurídica impescinde das conjugações de fatores lógicos, histórico-sociais e ideológicos. A filosofia do direito, como ciência de trabalho que busca aproximar o objeto, o direito-enunciado ou enunciável, dos valores de justiça, deixou de ter preocupações de índole meramente formal e racionalista. A valorização da filosofia prática promoveu um retorno ao jusnaturalismo, ou ao menos às suas ambições primevas.

13. Precisou-se, nessa guinada filosófica, mergulhar em preocupações antigas e aplainadas pela lógica formal. A lógica do direito deixa de ser formal e passa ser a lógica do razoável. A dialética passa a ser pressuposto de validade do direito. E a retórica, tomada de empréstimo dos antigos, é revalorizada, como instrumento de verificação, testagem e abordagem.

14. A aferição final da norma, seja ela processual ou substancial, é realizada após a sua construção, e não é realizável por meio da lógica, mas por outros instrumentos. Em suma,

deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo: primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; terceiro – e se restarem problemas estaremos diante de um caso difícil – , deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada a sua harmonização

15. A filosofia do direito também trouxe aportes importantes, tais como a concepção do direito como integridade e a observação da norma a partir do caso concreto, invertendo-se o esquema dedução-indução. Trabalha-se o caso, e a partir daí olha-se para o ordenamento para aferir sua compatibilidade, galgando importante papel a descoberta da ideologia por trás da norma a se enunciar e o paradigma que serve de pano de fundo ao sistema.

16. O direito processual não está infenso aos paradigmas, que obedecem, e obedeceriam, às agruras e virtudes de seu tempo. Tem-se, como critério para a segmentação, principalmente a relação entre o direito processual e o direito material, bem como a relação entre as normas do direito processual e os diversos paradigmas e metacritérios de interpretação, produção e hierarquização.

17. Aceita-se em doutrina a existência de quatro paradigmas processuais historicamente bem definidos: o praxismo, o cientificismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.

18. O processo democrático, embora possua escopos além dos interesses isolados de cada uma das partes, deve ser visto como instrumento de construção e colaboração democrático. Nesse sentido, o formalismo-valorativo melhor explica o fenômeno dos atos processuais. Processo é procedimento em contraditório. E procedimento é espinha dorsal do formalismo, desenhado como uma série intercalada de normas, das quais a anterior é suporte fático da posterior, porém sem perder de perspectiva que cada um dos atos processuais acarreta a produção de situações jurídicas complexas, trazendo diversos influxos valorativos sobre a situação das partes (atividade, poderes e faculdades do órgão judicial e das partes).

19. A forma adotada por cada ato processual, ou ainda a ausência de forma em si, representam a técnica processual eleita. Técnica é forma em estado dinâmico. É forma organizada-aplicada.

20. Técnica não possui valor em si. O valor reside nas possibilidades de realização de seus fins e na obediência aos valores e garantias constitucionais por ocasião da sua vida.

21. Nesse sentido, as formalidades podem assumir três tonalidades diferentes. Podem ser ocas, quando não têm propósito algum; perniciosas, quando o propósito, embora existente, não é digno de proteção pelo sistema jurídico quando colocado em paralelo com o valor concorrente; virtuosas, quando contribuem tanto para a efetividade quanto para as garantias das partes e segurança das relações.

22. A formalidade, se virtuosa, contribui tanto para a efetividade quanto para a segurança. A ausência de formalidade, se conduz a uma situação mais efetiva do que sua presença, igualmente se mostra louvável.

23. O devido processo legal, tanto na sua vertente procedimental quanto substancial, é a cláusula aberta constitucional cujo valor e sentido, historicamente apropriáveis, representa os limites e as finalidades das formalidades. Qualquer técnica que desrespeite o devido processo deriva de formalidade oca ou perniciosa.

24. Segurança e efetividade são os valores de orientação do intérprete do direito. O primeiro deles tem previsão em diversos dispositivos constitucionais. O segundo se deflui diretamente do conceito do direito de ação. A conjugação de ambos determinará a adequação da formalidade em um ambiente racional e razoável.

25. O código de processo civil de 1973 tinha preocupações e aspirações com a efetividade e a garantia das partes. Porém, gestado sob a égide de uma ideologia liberal, logo se mostrou em descompasso com a Constituição de 1988 e as exigências sociais, que clamavam por mudanças. Foi então objeto de uma série de mudanças pontuais, sacrificando-se-lhe a coesão, para se conferir a efetividade prometida pela Carta.

26. Em 2010 é apresentado o texto final do anteprojeto de novo código de processo civil, no qual são relatados os seguintes objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

27. Parte da doutrina, embora elogiosa por que o projeto logra atingir alguns dos fins propugnados, tece críticas acerca da ideologia instrumentalista por detrás do projeto e pela nítida colocação do juiz como protagonista do processo, chancelando o ativismo judicial sem o indispensável controle.

28. Ele não encampa uma mudança de postura epistemológico-filosófica, arraigando-se ainda ao essencialismo, ao conceptualismo, à filosofia da consciência, encarnada na figura de um juiz solipsista, porquanto confere poderes desarrazoados ao juiz. Elege-se a predominância de uma razão prática substancial em detrimento da razão prática procedimental.

29. De todo modo, o projeto prevê uma parte geral e uma parte geral para a execução em si, trazendo para seu corpo cláusulas gerais de inspiração no devido processo legal. São elas as válvulas de escape, em conjunto com a metodologia contemporânea, que podem contribuir para interpretação do projeto sob cânones democráticos.

30. Em matéria de normas gerais, as mais relevantes eram aquelas que concediam ao juiz amplo poder de adaptabilidade do procedimento, inclusive das técnicas de efetivação de tutela, consoante o critério da efetividade.

31. O projeto não inovava no relacionamento das técnicas de tutela às técnicas de tutela e às técnicas de procedimento para obrigações vindicadas em juízo.

32. O projeto buscou detalhar os procedimentos adotados pelas técnicas e uniformizar a disciplina das multas processuais, em louvável esforço de coesão e segurança. Adotou a idéia

de mandamentalizar os provimentos jurisdicionais, conferindo-lhes maior força e eficácia e tornando proeminente a figura do juiz da execução.

33. A mandamentalização dos provimentos judiciais é fruto de uma constante importação de institutos alienígenas sem a necessária cautela. Da forma como estava posta originalmente, conferiam-se poderes demasiados ao magistrado, sem a correlata equação de forças e sem exigir que se cumprissem quaisquer ônus argumentativos ou motivação idônea. O substitutivo aprovado em comissão especial na Câmara dos Deputados corrigiu, em parte, as mazelas.

34. Não parecia ter guarida no projeto a transformação em mandamento do provimento que determina a citação do réu em demanda de obrigação de pagar, seja na versão atual, seja na versão anterior.

35. A intervenção em atividade empresarial ou correlata mostra-se uma iniciativa interessante, se respeitado o devido processo legal, devendo-se atentar para o fato de que o juiz deve participar ativamente da intervenção solucionando dúvidas e dando orientações.

36. Quanto aos poderes de adaptação do procedimento e de técnicas, convinha ao legislador que conferisse uma disciplina melhor, determinando os limites da concessão e as situações de arbítrio, sob pena de se perpetuarem arbitrariedades. O texto substituído aprovado na Câmara dos Deputados melhorou a redação. Nada obstante a previsão em parte geral, deveria haver previsão taxativa da indispensabilidade de contraditório, prévio ou posterior, a qualquer alteração de formalidade explicitamente prevista em lei.

37. O projeto, da forma como se apresentava, e com menos intensidade na forma como egressou da Câmara dos Deputados, pode se tornar tanto um instrumento de avanços como representar guarida aos caprichos judiciários. Essa, em si, é sua grande falha: a falta de instrumental para controle dos exageros, fiando-se em fatores extrajurídicos e estruturais do poder público, olvidando-se de que em um sistema de contraditório participativo, elemento basilar do processo democrático, pressupõe-se que as partes participem intensamente do arco processual.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. A responsabilidade tributária dos sócios em face do novo direito privado. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 78, pp. 162-183, jan./fev. 2008.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: *Distribuciones Fontamara*, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Da condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 182, Abril/2010.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (orgs.). *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem a José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas". *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 196, pp. 237-275, jun. 2011.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. Demasiados recursos?. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 136, p. 9 - 31, agos/2006.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, v. 215, pp. 151-179, jan/mar. 1999.
- ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, n. 17, jan/mar2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte Barbosa. *O Contempt of court no direito norte-americano e brasileiro*. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 37, n. 146, pp. 140-150, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: RT, vol. 1, pp. 1079-1090, out.2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, pp. 141 - 150, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 122, pp. 9 - 21, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? Revista de processo, vol. 114. São Paulo: RT, p. 147-162, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 33, set. 2005. <Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>. Acesso em: 3 ago. 2011.>

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONCI, Marco. *Active case management: english reception and italian rejection*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 38, n. 219, pp. 225-237, maio 2013.

BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. Normas y sistemas normativos. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BUZÁID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73, publ. no DOU de 02.8.72.

CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da *prolusione* de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 38, pp. 57-70, mar/2013.

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALMON DE PASSOS, J. J., Instrumentalidade e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/2001.

CALMON DE PASSOS, J. J., O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, pp. 47-69, mar/1984.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. (Tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte em el sistema de la oralidad, parte primera*. Buenos Aires: Platense, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Processos, ideologias e sociedade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (Coords.). Cultura das transgressões no Brasil: lições da história. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO); Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). Tese. Orientador: Paulo Barros de Carvalho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A norma jurídica como razão para a ação. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 105, v. 403, pp. 553-568, maio 2009.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHEIM JORGE, Flávio. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 114, Março-Abril de 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 16ª ed. rev. e atual. Sao Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Dierle Nunes. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Atlas, n. 211, 1997.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa, Distrito Federal (Brasília), v. 48, n.190 t2, pp. 45-48, abr/jun. 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 90, pp. 95-150, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo civile in Italia e in Europa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, pp. 97-158, jul./ago. 2004.

COUTORE, Eduardo. Interpretação das leis processuais. São Paulo: Max Limonad, 1956.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 192, pp. 193-209, fev/2011.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado democrático de direito. Revista Unijus, Uberaba, v. 11, n. 15, pp. 67-90, nov/2008.

DIDIER Jr., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 35, n. 187, pp. 69 - 83, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 210, pp. 41-56, 2012.

DIDIER JR., Fredie. O ensino da teoria geral do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 206, pp. 381-394, abr. 2012.

DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2º. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador, BA: JusPODIVM, 2008.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Tutela Jurisdicional coletiva: 2ª série. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4ª ed. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, pp. 54 - 81, 1996.

DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais. Coimbra, PO: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. Guibourg, *Lógica, proposición y norma*. 1ed. Buenos Aires: Astrea, 1983.

FACHIN, Luiz Edson(org.). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual (Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif). 1ª edição. São Paulo: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FIUZA, César (coord). Direito processual na história. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREITAS, José Lebre de. A acção executiva: depois da reforma da reforma. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FUX, Luis *et alli*. Mensagem de apresentação e exposição de motivos do novo código de processo civil, projeto de Lei do Senado 166/10, em trâmite na Câmara sob o nº8.046/10. <Disponível em www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf, acesso em 20.03.13>

FUX, Luis (coord.). O Novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. Para uma epistemologia do processo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, pp. 197-202, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Efficienza e garanzie: i nuovi istituti processuali in America Latina*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 203, pp. 267-292, jan. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 26, n. 102, pp. 219 - 227, abril 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 79, pp. 65 - 76, 1995.

GUIBOURG, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e Liberdade*. Petrópolis: Vozes, pp. 288-304, 1993.

HART, H. L. A., O conceito de direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven e London: Yale University Press, 1993.

JORGE, Flávio Cheim. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 114, pp. 301 - 312, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática* (trad. de Valério Rohden). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie. dixieme édition revue et augmentée*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: RT, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução). Campinas: Bookseller, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, n. 107, pp. 157-170, set. 2007.

LUCHI, José Pedro. Consistência jurídica do ponto de vista do juiz: um estudo em Dworkin. Texto inédito. No prelo.

LUCHI, José Pedro(org.). *Linguagem e Socialidade*. Vitória: EDUFES, 2005.

LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.43, n.172, out/dez 2006.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. *Sofia: Revista de Filosofia*, Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais. Lineamentos para uma teoria general*. Madri: Anthropos, 1998.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile. vol. I. principi generali*. Milano: Giuffrè, 1997.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile. vol. III: il processo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1997.

MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. São Paulo, 2009. Dissertação apresentada à Universidade de São Paulo USP sob orientação do prof. dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'azione esecutiva: contributo allta teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 1955.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010. <Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69098>. Acesso em: 15 setembro 2011.>

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, pp. 54 - 74, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, vol. 4: processo cautelar. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 35, n. 139, pp. 5-22, jul./set. 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo código de processo civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 48, n.190 t. 2, pp. 169-177, abr/jun. 2011.

MENDONÇA, Daniel. *Exploraciones normativas*. México: BÉFDP, nº 44, 1995.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios informativos del procedimiento civil* (trad. Catalina Grossman). Buenos Aires: *Edjar*, 1945.

MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

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

MITIDIERO, Daniel. Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di “terza via”*. *Rivista di diritto processuale* n. 4/2000. Padova: CEDAM, p. 929-947, 2000.

MORESO, Jose Juan. *Normas juridicas y estructura del derecho*. Mexico: Fontamara, 1997.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005.

MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, António Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- NEVES, Clarissa E.; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Sociologias, Porto Alegre: UFRGS, ano 8, n. 15, pp. 182- 207, jan/jun 2006.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Conexidade e efetividade processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). Recursos e razoável duração do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 37, n. 203, pp. 305-317, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, pp. 7 - 31, setembro/2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 71, pp. 31-38, jul./set. 1993.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 113, pp. 9 - 21, mar/2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e codificação. Revista de processo, São Paulo: RT, v. 35, n. 179, pp. 261-271, jan. 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PERELMAN, Chaim. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição (org. e trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. In *Rivista di diritto processuale*. n. 3. Padova: CEDAM, pp. 673-681, 1998.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: un dibattito mal impostato*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 197, pp. 193-209, jul. 2011.
- PODETTI, Ramiro. *Teoría y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Edijar, 1963.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença, 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/10, em trâmite na Câmara sob o nº 8.046/10 até 17.07.2013. <Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acesso em 06.08.13>.
- Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/10, cujo texto substitutivo foi aprovado em comissão especial na Câmara sob o nº 8.046/10 em 17.07.2013, cedido pelo Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*: 3a ed.. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1999.

- RAMOS, Glauco Gumerato. *Actual debate en el procesalismo brasileño: garantismo o activismo?* Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 221, junho 2013.
- RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. 4ª ed. México: Porrúa, 1970.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira; Vieira, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. Revista digital do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM. <Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 25.10.2002.>
- ROBLES, Gregorio. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual da execução civil. 1ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica: procedimentos em 1. e 2. graus : recursos : execução : tutela de urgência. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SATTA, Salvatore. *Il formalismo nel processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, ano XII, n. 4, pp. 1141-1158, dez. 1958.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, n. 692, pp. 40-47, jun. 1993.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, pp. 19-36, mar/2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 801, pp. 30-40, jul/2002.
- STOLL-DEBELL, Kirstin; DEMPSEY, Nancy; DEMPSEY, Bradford. *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. Illinois: American Bar Association, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. A juristocracia do novo código de processo civil. Consultor Jurídico. São Paulo. <Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em 03.03.2013>
- STRECK, Lênio Luis. O pós-positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória: FDV, n. 7, pp. 15-45, jan./jun. 2010.
- STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 200, pp. 203-234, out. 2011.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos (trad. Teresa Arruda Alvim Wambier). Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 59, pp. 72-97, jul./set. 1990.

TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, pp. 65 - 77, 2007.

TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 31, n. 133, pp. 239-266, mar. 2006.

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesual*. Valladolid: Doxa (1999), n. 22, pp. 311-320. <Disponível em www.cervantesvirtual.com. Acesso em: 02/12/2012.>

TARZIA, Giuseppe. *Il giusto processo de esecuzione*. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Giuffrè, 2002.

TARZIA, Giuseppe. *L'art 111 Cost. e le garanzie europe del processo civile*. Revista de Processo, São Paulo, ano 26, n. 103, pp. 156-174, julho-setembro 2001.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 07, n. 28, pp. 55 - 95, 1982.

TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 23, n. 90, abr./jun 1998.

TEPEDINO, Gustavo(org.) Temas de direito civil. 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no moderno processo civil. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 20, n. 77, jan./mar. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro. O cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, n. 201, pp. 13-44, nov. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. Revista de informação legislativa, Distrito Federal (Brasília), v. 48, n. 190 t.1, pp. 237-263, abr./jun. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. Revista de processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 66, pp. 72-78, abr./jun. 1992.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o direito positivo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4a ed. São Paulo: RT, 2002.

VILANOVA, Lourival. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano XV, n.º 61, p. 12-26, 1982.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para sua intensificação - Propostas para minimizá-la. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 28, n. 109, pp. 134-147, jan./mar. 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. Revista de Processo. São Paulo/SP, v. 30, n. 119, pp. 35 - 59, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda (orgs.). Comentários ao código civil brasileiro. Volume 1. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 31, n. 142, p. 11, dez. 2007.

WATANABE, Kazuo. Da cognição do processo civil. 2ª ed. rev., Campinas: Bookseller, 2000.

WENGER, Leopold. *Actio Iudicati*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZANETTI JR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil. v. 8, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.