

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Contributo para uma teoria geral da adequação formal judicial

Mestrado em Direito

Mestrado em Ciências Jurídicas

Andrian de Lucena Galindo

Professor Orientador Dr. Rui Pinto

2016

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Contributo para uma teoria geral da adequação formal judicial

Dissertação de Mestrado Académico na
área de concentração Ciências
Jurídicas, apresentada sob a orientação
do Professor Doutor Rui Pinto.

Andrian de Lucena Galindo

2016

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Fernando Pessoa

RESUMO

A crise dos sistemas judiciais parece não ter fim, caracterizada pela frustração das expectativas dos utentes dos serviços judiciais diante da inadequação, temporal e substancial, das tutelas estatais prestadas. Reformas se sucederam ao longo das últimas décadas, em Portugal e nas demais democracias ocidentais, na tentativa de incrementar a efetividade e cumprir a promessa constitucional de conferir pela via do processo, a cada cidadão, o seu direito, de modo integral e sem dilações indevidas. Estudos recentes acentuaram a necessidade de uma renovação profunda nos instrumentos processuais e, mais que isso, na forma de manejá-los. Se inalterada a secular tensão existente entre os valores supremos da jurisdição – segurança e efetividade – a obsolescência dos métodos antigos evidencia-se perante uma nova e irreversível realidade, na qual as demandas crescem em proporção exponencial e se tornam mais complexas dia a dia. O cenário desafiador implicou respostas diversas, mas com um núcleo comum, condizente em tendência global à simplificação, flexibilização e busca por eficiência dos procedimentos. Esta investigação tem por objetivo trazer um contributo teórico a respeito de um dos principais instrumentos voltados à construção desse novo procedimento – a adequação formal judicial. Procedimentos eficientes não podem existir se não se concedem, em suficiente medida, poderes de modelagem procedimental ao juiz. Tomou-se por ponto de partida o direito positivo português em sua evolução, em permanente diálogo crítico com outros ordenamentos. Principiou-se com uma breve excursão histórica na qual demonstrado o modo como os poderes diretivos do juiz em Portugal foram incrementados e redimensionados na disciplina dada pelos digestos processuais desde o século XIX. Em seguida a investigação tratou de categorias jurídicas essenciais para a compreensão da adequação formal, porquanto a conotação dada aos conceitos de processo, procedimento e formalismo processual determina em grande medida a admissão do poder do juiz de adequar o procedimento, bem como os limites à atuação judicial e sua forma de controle. Tratando-se de categoria jurídica relativamente nova, mostrou-se necessário um esforço maior de delimitação conceitual, motivo pelo qual estudou-se o princípio da adequação em suas diversas vertentes,

evidenciando a distinção entre a adequação dirigida ao legislador e as possibilidades de conformação do procedimento pelo juiz, mediante autorização genérica ou específica da lei, ou em decorrência da atuação direta de princípio constitucional, bem como as possibilidades de conformação pelas partes, pela via do acordo entre elas, com ou sem anuência do juiz. Classificados os procedimentos de acordo com citadas possibilidades, voltou-se a investigação à adequação formal judicial e foram especificados os requisitos condicionantes, natureza dos poderes-deveres adequadores e mecanismos de controle. Investigou-se, ainda, as vinculações entre a adequação formal judicial e a gestão processual, considerada esta categoria jurídica como continente daquela. Argumentos contrários à concessão de mais poderes ao juiz usualmente fundam-se na possibilidade de violação de alguns princípios processuais e constitucionais, motivo pelo qual a adequação foi submetida à prova mediante cotejo com os princípios da legalidade, segurança jurídica, separação dos poderes e igualdade. Ao fim, restou acentuada a essencialidade da adequação formal judicial para a construção de um procedimento equitativo, dotado da flexibilidade necessária a conferir ao cidadão uma tutela adequada sem dilações indevidas.

Palavras-chave: Procedimento – gestão processual – adequação formal – eficiência – flexibilidade – celeridade.

ABSTRACT

It seems that today we live an endless crisis on many judicial systems, mainly due to the gap between what is expected by citizens and what judiciary branches are delivering. In recent decades Portugal and several other western democracies have reformed their judicial systems. The motto of all these reforms was the improvement of efficiency, especially to avoid undue delays on Court proceedings. However, recent studies have shown the need for deeper reforms on judicial proceeding, because of an old tension between two Court's key values: effectiveness and dependability. As a new and irreversible reality turns old methods obsolete, we see an exponential growth in caseload, as well as more and more complex cases. This challenging scenario resulted in the adoption of diverse solutions, but all keeping a shared concern. This meant more flexible and simple procedures, in line with a global trend on the matter. This work brings a theoretical contribution on one of the main tools for building up those new procedures: Court's case management powers. This stands as a requirement for efficient processes, i.e., judges should be allowed to adjust proceedings to fit each process. As a starting point, this work analyzed the Portuguese Law evolution, while also reviewed other legal systems. The work starts with a brief historical analysis, from which was possible to observe how Portuguese judges were gradually empowered and allowed to adapt proceedings to each case, in line with changes made in Process Codes, since the 19th Century. Next step was to analyze other legal concepts in order to understand the notion of "procedure formal adaptability". As result, it became clear that the possibility of fitting proceedings to each case is strongly related to the nature of processes, proceedings and procedural formalism, as well as to the established limits to judges actions and the ways this is controlled. Since "procedure formal adaptability" is a relatively new legal concept, it was necessary to make an extra effort to establish some other related concepts, which required the study of "procedure formal adaptability" in its several veins. First, it is important to distinguish "procedure formal adaptability", as a concept tailored for lawmakers, from the one performed by judges during specific cases. Second, one needs to consider different possible grounds from which that concept arises, such as some general or specific law command; as a direct interpretation of a constitutional principle; or even as a possible agreement between suitor and defendant, with or without Court interference. Once the mentioned procedures were classified, considering the range of different possibilities, the work turned to analyze the requirements for "procedure formal adaptability" to take place, as well as its control systems and the nature of judge's case management powers. The links between "procedure formal adaptability" and the broader notion of case management were also analyzed, placing the former as subset of the later. Some opponents to granting judges more discretionary power claims that this will open doors to overindulgence, and therefore, to violation of constitutional and procedural principles. In order to

overcome such risks, the concept of “procedure formal adaptability” was scrutinized under the lights of the principles of legality, legal certainty, separation of powers, and equality. As for concluding remarks, it became clear that “procedure formal adaptability” is an important tool for shaping the notion of a new, flexible and fair procedure, aiming to offer citizens a proper and timely effective justice.

Keywords: proceeding – case management – formal adaptability – efficiency – flexibility – promptness.

Meus agradecimentos a

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,
o Tribunal de Justiça de Pernambuco,
Escola Judicial do Estado de Pernambuco,
meu orientador, Prof. Dr. Rui Pinto,
minha esposa Vaneska,
meus filhos Pedro e Gabriel.

ÍNDICE

1. Introdução.....	10
2. Evolução histórica dos poderes diretivos do juiz em Portugal, do processo “coisa de partes” à gestão processual – o desenvolvimento de um direito positivo como suporte para um contributo teórico.....	14
2.1 Método e perspectivas.....	14
2.2. O CPC de 1876 e o juiz árbitro.....	20
2.3. O CPC de 1939 e o juiz ativo.....	28
2.4. O CPC de 1995 e o juiz cooperante.....	37
2.5. O CPC de 2013 e o juiz gestor.....	46
3. Contributo para uma teoria geral da adequação formal judicial.....	56
3.1. Método e perspectivas.....	56
3.2. Processo e procedimento em suas interações conceituais e funcionais.....	56
3.3. O formalismo e a análise dos sistemas procedimentais à luz do grau de rigidez formal.....	64
3.3.1. Do formalismo.....	64
3.3.2. Da análise dos sistemas procedimentais à luz do grau de rigidez formal.....	70
3.4. Delimitações conceituais e funcionais.....	79
3.4.1. Princípio da adequação.....	79
3.4.2. Sistemas de adequação do procedimento.....	85
3.4.3. Apuramento conceitual da adequação formal judicial.....	90
3.4.4. Delimitações conceituais e funcionais de conceitos afins: direção formal, gestão processual e princípio inquisitório.....	94
3.4.4.1 Da direção formal à gestão processual.....	94
3.4.4.2 A gestão processual.....	101
3.4.4.3 Do gradual afastamento das disciplinas dos poderes-deveres de gestão/adequação e inquisitórios.....	107
3.5. Objeto da adequação formal.....	111
3.6. Requisitos condicionantes.....	113
3.7. A adequação formal judicial como poder-dever discricionário do juiz.....	130
3.8. Adequação formal judicial como princípio, regra e cláusula geral.....	142
3.9. Controle da adequação formal.....	147
3.10. Eficiência e a adequação formal judicial.....	149
4. Síntese conclusiva.....	155
Referências.....	161

1. INTRODUÇÃO

A doutrina processual civil discute com afinco, e quase sempre sem soluções claras e conclusivas, alternativas para a construção de procedimentos que atendam ao mesmo tempo aos anseios de celeridade e segurança. O objetivo é comum às diversas ordenações processuais, bem assim o desafio, o qual pode ser condensado na seguinte questão: como articular estes dois valores, tantas vezes concretamente antagônicos, de modo a preservar a essência de cada um deles nas diversas situações litigiosas submetidas à jurisdição?¹

O problema é antigo, a roupagem e densidade é que se mostram afetados na pós-modernidade.

O reconhecimento de direitos universais, positivados atualmente nas constituições dos países civilizados e em tratados internacionais, conduziu ao reconhecimento de garantias também no campo processual, condensadas no princípio fundamental do processo equitativo.

O acesso à justiça, antes visto como mero direito de ação, atualmente se conforma como direito a processo qualificado, instrumento de proteção justa, tempestiva e adequada ao direito substancial afirmado em juízo².

Mas assegurar garantias processuais não tem sido suficiente para a pacificação ao tempo e modo socialmente desejáveis. A morosidade judicial é uma praga de nossos tempos, infesta em graus variáveis diversos sistemas judiciais, notadamente os vinculados à tradição continental.

O diagnóstico é incontroverso, e a valorização nas constituições e tratados internacionais do princípio da razoável duração do processo atestam tal fato, mas os remédios para a cura da doença ainda não foram encontrados. Essencialmente, é preciso encontrar um modo de tornar mais ágil o

¹ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 115.

² Cf. BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 135.

procedimento, pela via da redução, simplificação e flexibilização do procedimento, do ajuizamento ao provimento definitivo, sem que tais medidas violentem as garantias processuais.

As leis processuais intentam tal desiderato em reformas sucessivas, mas a evolução social promove incrementos na quantidade e complexidade de litígios em escala acelerada, e a tarefa do legislador torna-se a cada dia mais difícil.

Diante da inaptidão do legislador para promover a adequação em abstrato de uma infinda variedade de litígios, considerada a impossibilidade de prever necessidades futuras e concretas, imprescindível conferir poderes de adequação aos operadores do direito para utilização nos casos concretos³.

Embora já se possa vislumbrar uma “marcha” no sentido de uma “equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo”⁴, ainda se mostra duvidosa a velocidade e abrangência desse movimento. O novo CPC brasileiro positivou, de modo inovador, uma autorização para as partes conformarem o procedimento, independentemente da anuência judicial⁵, e a eficiência do mecanismo ainda está por ser provada.

Não obstante o desejado contributo das partes, o estado litigioso em que se encontram no processo torna incerta sua cooperação para o ajustamento do processo, pois é provável que ao menos uma delas obtenha vantagens com o atraso da decisão judicial.

Por conseguinte, diante da necessidade de adequação do procedimento identificadas no curso do litígio tem sido deferidos poderes-deveres ao juiz de conformar os atos do procedimento, em sua forma, conteúdo e sequência, com objetivo de conferir celeridade, eficiência e de modo a aumentar a probabilidade do alcance de uma decisão justa em prazo razoável.

³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P. 70.

⁴ Cf. CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Revista de Processo, ano 39, nº 228, p. 360-375, fev. de 2014. P. 362.

⁵ Art. 190 do CPC Br.

Exsurge, neste cenário, a adequação formal judicial como categoria jurídica relevante na busca por eficiência e celeridade, na esteira de um contínuo movimento de reforço de poderes processuais dos juízes.

Esta investigação tem por escopo trazer um contributo a uma teoria geral da adequação formal, a partir da análise da bem estruturada legislação portuguesa na matéria. Pretende-se elucidar o tema a partir de um diálogo crítico entre o dever-ser positivado em Portugal e os prognósticos para uma ideal conformação do instituto.

O estudo principiou com exposição da evolução dos poderes diretivos do juiz em Portugal. As normas processuais portuguesas em seu caminhar revelaram com inaudita clareza o movimento de concessão de mais poderes ao juiz, a remoldagem necessária para equilibrar ações dos intervenientes do processo (pela adoção do princípio da cooperação) e a consagração de uma nova racionalidade gerencial (pela adoção do princípio da gestão processual).

Seguiu-se exposição acerca dos conceitos de processo, procedimento e formalismo, com ênfase neste último. Diante da multiplicidade de enfoques dados a estas categorias jurídicas, imperativo traçar contornos seguros para análise do valor da forma no procedimento, bem como o grau de rigidez adequado diante das atuais demandas por eficiência e celeridade.

A investigação teve continuidade com delimitações conceituais e funcionais circundantes do princípio da adequação. Estudou-se a adequação como imposição dirigida, primordialmente, ao legislador, orientada por fatores objetivos, subjetivos e teleológicos. Assentou-se, lado outro, a perspectiva secundária e concreta da adequação judicial e negocial, a ser promovida pelo juiz e partes.

Em prosseguimento ao esforço de delimitação conceitual, e considerando a carência de uniformidade observada na doutrina portuguesa, promoveu-se um estudo para delimitação conceitual e funcional de categoriais afins e fortemente relacionadas com a adequação formal judicial, a saber, a gestão processual, poderes diretivos e princípio do inquisitório.

Após, consignou-se a amplitude do objeto da adequação formal. Superadas as dúvidas existentes no ordenamento anterior, mormente diante do

reforço trazido pelo princípio da gestão processual, assentou-se a possibilidade de adequação ampla de atos, em forma, sequência e conteúdo.

Critérios fixadores de limites foram expostos na forma de requisitos para adequação formal judicial. Asseverou-se indispensável a observância de a) necessidade objetivamente demonstrada de modificação do procedimento fixado em lei para o alcance das finalidades do ato ou do processo, b) respeito ao contraditório, c) fundamentação idônea e suficiente, e d) ausência de violação aos direitos processuais das partes.

Seguiu-se investigação sobre a natureza das situações jurídicas pertinentes ao juiz no processo. Apesar da intensa variação terminológica existente na lei e na doutrina, assinalou-se a atuação do juiz mediante poderes funcionais – poderes-deveres –, classificados os pertinentes à adequação formal como discricionários, apesar da posição majoritária em sentido contrário.

Também a estrutura normativa da adequação formal foi objeto de investigação. Em que pese o reduzido impacto da conclusão no caso específico do ordenamento português, revelou-se a coexistência de princípio e regra (estruturada como cláusula geral) de adequação formal judicial.

Mecanismos de controle da adequação mereceram atenção em item subsequente, bem assim uma análise breve sobre eficiência e celeridade, objetivos essenciais da adequação.

Por fim, breve digressão se fez sobre alguns princípios que, em tese, poderiam infirmar a atuação adequadora, de modo a afastar argumentos contrários.

Em derradeiro foram apresentadas as conclusões da investigação. Relacionadas as conclusões parciais, exurgiu a adequação formal judicial como categoria jurídica madura e apta a dotar os procedimentos da flexibilidade necessária ao enfrentamento das demandas por celeridade e eficiência.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PODERES DIRETIVOS DO JUIZ EM PORTUGAL, DO PROCESSO “COISA DE PARTES” À GESTÃO PROCESSUAL – O DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO POSITIVO COMO SUPORTE PARA UM CONTRIBUTO TEÓRICO.

2.1. Método e perspectiva

A opção metodológica adotada neste trabalho não prescinde de uma excursão histórica. A despeito da maior ou menor concordância com a tese da convergência ou harmonização dos sistemas processuais, entende-se que o ordenamento processual português, em sua evolução ao longo dos últimos 140 anos, bem representa as mudanças pelas quais passaram boa parte dos sistemas europeus e latino-americanos vinculados à tradição jurídica da *civil law*⁶.

A forma como a direção formal do processo foi, ao longo dos anos, gradualmente atribuída ao magistrado, tem muito a ensinar numa tentativa, a ser empreendida nas páginas seguintes, de apreender os elementos conformantes de uma teoria geral da adequação formal, inserta numa ideia de um processo cuja essência é a simplicidade e a flexibilidade.

⁶ Prefere RENÉ DAVID a expressão “família romano-germânica”, acepção que não será adotada neste estudo. Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. P. 16-17. À ideia de família preferível o conceito de tradição, abraçado por MARRYMAN e PÉREZ-PERDOMO. “Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e de seu papel na sociedade e organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”. Lado outro, falar em *civil law* se afigura mais apropriado na medida em esta expressão se mostra mais abrangente que a referência “romano-germânica”, pois a “tradição da *civil law* é uma composição de diversos elementos distintos ou subtradições, com origens diversas e desenvolvimentos particulares em diferentes períodos da história”, compreendendo o “direito civil romano, o direito canônico, o direito comercial, a revolução e a ciência jurídica”. Cf. MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009. P. 23 e 27. Em diverso sentido, estabelecendo distinção entre os conceitos de família e tradição jurídicas, cfr. VICENTE, Dário Moura. *O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, separata da Revista da FDUL, 2010, pp. 401-429. P. 407.

Esse caminho, espera-se, apontará os influxos dogmáticos e ideológicos determinantes do cenário que hoje experimentamos.

O voltar de olhos para o passado intenta delimitar com mais clareza as linhas do instituto, a partir de uma linha evolutiva. Busca, ainda, o estabelecimento de uma tendência a apontar os possíveis desdobramentos futuros. Se não podemos negar que o passado não mais existe, ensina-nos a bela alegoria de SANTO AGOSTINHO que permanece ainda viva e latente em nossos espíritos a sua lembrança, conferindo sentido ao presente e moldando, em grande medida, as expectativas sobre o devir⁷.

Conforme bem inferiu VILELA, “investigar o passado de uma lei é, sobretudo, procurar as constantes que permearam a legislação de diferentes lugares, épocas e contextos”, atentando não só para a literal dicção dos textos legais, mas à sua eficácia cogente, as consequências práticas da categoria jurídica na sociedade⁸.

Por outro lado, justifica-se ainda a exposição da evolução da disciplina dos poderes-deveres de direção do juiz em Portugal se se leva em consideração tratar-se de uma dissertação de mestrado apresentada perante universidade portuguesa, e, ainda, que ao menos sob a perspectiva estritamente teórica a disciplina lusitana se apresenta excepcionalmente adequada à melhor doutrina.

Neste momento inicial optou-se por uma apresentação de cunho expositivo e contextualizador. Pretende-se uma exposição da dogmática vigente especificamente a respeito dos poderes-deveres diretivos em cotejo

⁷ Cf. SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, 9ª ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1977. P. 318-319. “Quem se atreve a negar que as coisas futuras ainda não existem? Não está já no espírito a expectação das coisas futuras? – Quem pode negar que as coisas pretéritas já não existem? Mas está ainda na alma a memória das coisas passadas. – E quem contesta que o presente carece de espaço, porque passa num momento? Contudo a atenção perdura e através dela continua a retirar-se o que era presente. Portanto, o futuro não é um tempo longo, porque ele não existe: o futuro longo é apenas uma longa expectação do futuro. Nem o é longo o tempo passado porque não existe, mas o pretérito longo, outra coisa não é, senão a longa lembrança do passado.”

⁸ Cf. VILELA, Hugo Otávio Tavares. *O juiz e a história*. RIDB-FDUL, ano 2, nº 7, p. 7.574-7.599, 2013. P. 7.593-7.594.

sistemático com o ordenamento processual e o contexto histórico-político – uma história da dogmática contextualizada com uma história das instituições⁹.

Neste primeiro instante, adotando foco em abordagem mais expositiva que analítica, posterga-se o estudo em profundidade dos elementos centrais desta linha evolutiva, a saber, entre outros, da adequação formal, da gestão processual e do princípio da cooperação, para o momento seguinte desta investigação.

Toma-se, nesta etapa, o conceito de poderes-deveres diretivos em sua acepção ampla, compreendendo também os poderes-deveres de adequação formal e de gestão, a despeito de algumas controvérsias doutrinárias acerca da forma como estas categorias jurídicas se vinculam funcionalmente, tema a ser enfrentado com profundidade na sequência do estudo.

Desde já se explicita o acolhimento de uma concepção nitidamente evolutiva e progressista das categorias jurídicas sob exame, sem olvidar as advertências de HESPANHA. O historiador português critica o que denomina estratégia de legitimação calcada em modelo “evolucionista”, no qual a história seria uma “acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade”, caracterizada ainda esta forma de entendimento pela exposição do contraste entre um direito do passado, imperfeito e rude, e o direito atual, aperfeiçoado pelo labor de uma cadeia de “juristas memoráveis”¹⁰.

Sem embargo, mostra-se de todo modo ingênuo pensar numa categoria qualquer do direito atual como o ápice da evolução jurídica, em qualquer tempo, em qualquer época. A história está sempre a demonstrar que o passar dos anos promove modificações constantes, no mais das vezes evolutivas, e a cumeira está sempre no futuro. Por outro lado, a ideia de linearidade evolutiva

⁹ O corte epistemológico adotado não olvida as lições de WIEACKER acerca da necessária abrangência da análise histórica do direito, embora delas em boa medida se afaste, tendo em vista os objetivos e limites deste trabalho. Segundo referido autor “as tónicas de uma história do direito privado moderno podem incidir sobre vários aspectos do conjunto da história global – cada uma das quais, tomada isoladamente, implicaria a renúncia a outras tarefas essenciais. Como mera ‘história externa’, reduzir-se-ia a uma história das fontes do direito, da administração judiciária e da jurisprudência, (...), renunciando, portanto, à história da própria concepção do direito e das instituições. Como história das instituições ou história da dogmática, de novo perderia de vista a evolução da própria ideia de direito e dos seus portadores históricos”. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. P. 3.

¹⁰ Cf. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997. P. 19.

também é rejeitada em todos os campos científicos, mesmo nas ciências exatas, e muito mais, e com mais razão, nas ciências sociais.

Mas se não são lineares as mudanças, a história atesta que o direito processual tem vivido um ciclo ascendente de evolução, denominado helicoidal, acertadamente, por OLIVEIRA, a despeito das inevitáveis e naturais marchas e contramarchas, considerados os pontuais e superáveis retrocessos¹¹.

Com os temperamentos necessários, e feitas as devidas advertências, sem a pretensão de sacralizar as soluções atualmente positivadas e as propostas, adotar-se-á a tese de que, no tocante aos poderes-deveres do juiz de direção formal do processo há uma clara linha evolutiva, uma perceptível tendência no sentido de se conferir ao juiz poderes de direção reforçados e qualificados pela possibilidade de adequação procedimental e gestão processual, providência necessária para a consecução de um processo equitativo caracterizado pela simplicidade e flexibilidade. Pretende-se extrair como efeito da investigação histórica o elucidar dos caminhos da lógica¹² atualmente governantes, bem como as tendências futuras.

Para fins didáticos, e sem a pretensão de esgotar o tema, sublinha-se a existência de quatro momentos na evolução da disciplina da direção formal do processo, acepção ampla que incorpora a adequação formal e a gestão processual. Coincidem referidos momentos, via de regra, com a edição de códigos de processo civil portugueses ou de substanciais reformas. A estes momentos podem ser relacionados arquétipos de juízes, de acordo com os poderes-deveres diretivos, de adequação e gestionários a eles atribuídos.

Identifica-se um período liberal, iniciado com a edição do Código de Processo Civil de 1876, no qual se destaca a figura de um juiz árbitro,

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. Revista de Processo, ano 24, nº 96, p. 59-69, out-dez 1999. P. 61.

¹² Embora não se possa reconhecer à história uma força diretiva, que “confina o direito do futuro a uma insípida repetição do direito do presente e do passado”, certo é que “a história, ao iluminar o passado, ilumina o presente e, ao iluminar o presente, ilumina o futuro”. Cf. CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 35-37.

totalmente passivo, porquanto vigorava na tramitação dos feitos o império da vontade das partes¹³.

Sob forte influência das ideias de KLEIN e CHIOVENDA, e por derivação direta do labor de ALBERTO DOS REIS, iniciou-se em Portugal com o Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926, uma série de reformas que culminaram com a edição do Código de Processo Civil de 1939. Este período transpassou o “CPC de 1961”, o qual apenas na forma pode assim ser denominado, porquanto mantido o modelo de 1939¹⁴, estendeu-se até as reformas operadas na década de 90 do século passado e pode ser denominado período publicístico¹⁵.

O modelo garantístico e liberal consagrado no CPC de 1876 foi substituído por outro no qual se reconheciam fins sociais ao processo e, por conseguinte, incumbia-se a um agente estatal a condução formal do procedimento. Surgia o juiz ativo, com poderes para “uma intervenção directa e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo”, que lhe permitisse uma solução que, porquanto rápida, não deixasse de ser justa¹⁶.

Seguiu-se um período de transição e aperfeiçoamentos na feição publicística e instrumentalista consolidada no transcorrer das sete décadas em que as ideias de ALBERTO DOS REIS prevaleceram no ordenamento português. As profundas reformas promovidas mediante Decretos-lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, e nº 180/96, de 25 de setembro, se não na forma mas certamente na substância, promoveram o surgimento de um novo ordenamento processual civil em Portugal. Este o motivo pelo qual se permite falar, na linha de compreensão adotada por LEBRE DE FREITAS e PIMENTA,

¹³ Cf. GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão*. Julgar, nº 1, 2007, p. 47-65. P. 48.

¹⁴ Cf. MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas no processo civil português*. Julgar, nº 16, 2012, p. 79-97. P. 81.

¹⁵ Para MENDONÇA “entregar a liberdade à autoridade significou, neste domínio, substituir a concepção particularista ou privatística do processo pela concepção publicística”. Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo”. *Processo civil e ideología*. Juan Montero Aroca (coord.). p. 375-430. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011. P. 426.

¹⁶ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 208.

em Código de Processo Civil de 1995¹⁷, o qual iniciou o período citado e teve termo apenas com o despontar do CPC de 2013.

O CPC de 1995 promoveu inovações significativas na disciplina dos poderes do juiz de direção formal do processo, os quais foram substancialmente incrementados, notadamente em decorrência da previsão de um poder geral de adequação formal, e, em contrapartida¹⁸, no estabelecimento de um dever de cooperação, dirigido não só às partes, mas também aos tribunais. Passou-se a exigir deste “juiz poderoso” uma postura cooperativa, mais próxima das partes e preocupada em garantir o pronunciamento e intervenção efetiva delas, que deixaram de ser objetos do agir processual e passaram a atuar em relação dialógica com o juiz¹⁹. Esse julgador não se apresenta mais como protagonista máximo do processo, e não realiza sua missão por intermédio de monólogos.

Podemos denominá-lo juiz cooperante²⁰. A despeito da acesa polêmica acerca da eficácia da cooperação processual, certo é que para muitos, destacando-se LEBRE DE FREITAS²¹, trata-se da “trave mestra do processo civil moderno”, pedra de toque de um novo modelo processual – o modelo cooperativo.

¹⁷ Para LEBRE DE FREITAS, a revisão operada em 1995/96, “apressada, mas, mesmo assim, uma revisão profunda”, (...) “ousou, pela primeira vez modificar princípios sacrossantos” do CPC de 1939, fazendo-o com economia “mas com arrojo suficiente para, ao invés do que acontecera em 1961, ser possível, em linguagem não formal, passar-se a falar de um novo código”. Cf. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Prefácio, p. VII. Cf. ainda PIMENTA, Paulo. *Tópicos para a reforma do processo civil português*. Julgar, nº 17, p. 109-134, 2012. P. 113.

¹⁸ A ideia da cooperação como necessário reforço do contraditório diante do aumento dos poderes do juiz se apresenta com objetividade e clareza no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. O texto sustenta o estabelecimento de linhas mestras assentadas em diversos novos parâmetros, dentre os quais a “garantia de prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, *compensado pela previsão do princípio de cooperação*, por uma participação mais activa das partes no processo de formação da decisão” (grifei).

¹⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da FDUL, v. 54, p. 179-212, 2003. P. 189.

²⁰ Apesar da preferência de GOUVEIA pela expressão “juiz colaborante” (Cf. GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão*. Julgar, nº 1, 2007, p. 47-65. *Passim*, notadamente p. 55 e 65.), seguida por MATOS (cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 78), preferível a expressão “cooperante” diante da previsão do princípio da cooperação na reforma de 1995/96, e sua consolidação no CPC de 2013.

²¹ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 190.

A edição do Código de Processo Civil de 2013 consolidou uma série de mudanças insertas no ordenamento português tendentes a conferir ao juiz um poder-dever de direção ativa do processo mais amplo e estruturado, denominado pela lei “dever de gestão”. Estas mudanças tiveram início por via do Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho, criador do Regime Processual Civil Experimental (RPCE), em princípio idealizado para vigorar com limites temporais e espaciais, com explícito objetivo de “resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal”²².

Em que pese a ausência de estudos comprobatórios acerca do sucesso da experiência, indubitavelmente temos com o Código de Processo Civil de 2013 um momento de consolidação dos poderes-deveres de direção ativa do juiz, já transmudados de modo reforçado como gestão processual. Inseriu-se no privilegiado título inicial do código, no art. 6º, como disposição fundamental, em eloquente localização, em concepção reforçada, o dever²³ de gestão processual.

Ao juiz incumbido de dirigir o processo de forma ativa e com poderes amplos para simplificar e agilizar o procedimento, preferencialmente em cooperação²⁴ com as partes (art. 7º do CPC de 2013), denomina-se juiz gestor.

Renova-se a advertência. A esquemática divisão tem por objetivo tão-somente apresentar os caracteres mais relevantes da disciplina dos poderes de direção formal, adequação e gestão atribuídos ao juiz, contextualizando esta dogmática com as fontes formais em sua sucessão temporal.

2.2. O CPC de 1876 e o juiz árbitro

²² Exposição de motivos do DL nº 108/2006.

²³ Curioso notar que a exposição de motivos refere-se ao “*princípio* da gestão processual”, terminologia não adotada no título do artigo 6º citado.

²⁴ Desponta com clareza da norma que sua atuação será “mais justa e eficiente se for feita em colaboração com as partes”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 140. Contudo, conforme adiante se defenderá, as necessidades de gestão excepcionalmente em alguns casos impelirão o juiz a agir só, postergando contraditório e cooperação para momento posterior.

Nossa investigação começa com edição do CPC de 1876. A insipiente disciplina do processo civil no período das ordenações justifica o corte epistemológico. Não se alinha entre os objetivos propostos analisar o tema no direito lusitano antigo, nem em fontes canônicas e romanas, por mais que tenham influenciado o direito processual português no século XIX.

Antes do século XIX, se é certo que havia processo, seria deveras impreciso falar na existência de “direito processo civil”, pois a autonomia deste ramo do direito, numa perspectiva mais abrangente, em suas diversas acepções – legislativa, acadêmica e científica –, começou a se estruturar a partir do Código de Processo Civil Napoleônico²⁵, que estabeleceu as bases para a superação do sincretismo então vigente²⁶⁻²⁷, e alcançou a consolidação definitiva e plena em 1868, quando da publicação do livro “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, de Oskar von Bülow.

A obra de Bülow representa a verdadeira certidão de nascimento do processualismo científico, e a investigação principia quando do surgimento desta forma de estudar o processo.

O CPC aprovado em 8 de novembro de 1876 representou o culminar de um projeto que se anunciava desde a segunda década do século XIX em Portugal. Era o século do liberalismo, fortemente influenciado por ideais revolucionários e iluministas²⁸, e em terras lusas os ensaios para o triunfo no processo civil das concepções então predominantes – individualismo

²⁵ CHIOVENDA ressalta que este não foi o primeiro código, pois houve um “Regulamento Geral Judiciário” na Áustria de José II em 1781, e outras leis gerais no Principado de Trento (1786) e em outros estados menores. Leis anteriores a estas não eram “completas e únicas”, a despeito disciplinarem aspectos processuais. Mas se não foi o primeiro, certamente “exerceu a maior influência sobre as sucessivas legislações processuais do continente europeu no século XIX, especialmente nos países onde, imposto pelas armas francesas, provara como lei vigente”. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 140-144.

²⁶ A concepção sincrética do processo promovia confusão entre os planos material e substancial e foi superada pela concepção autonomista no decorrer do século XIX. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 18.

²⁷ Para abrangente estudo sobre a evolução do conceito de processo, a partir do medievo, e da doutrina processual, e sua revisão científica na segunda metade do século XIX, cf. ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 23 e ss.

²⁸ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 68.

econômico, positivismo jurídico e liberalismo político²⁹ – seguiram caminhos tortuosos, atrelados que estavam às turbulências institucionais.

Mudanças nas formas de estado e de governo, marchas e contramarchas constitucionais³⁰, não permitiram o surgimento de um código adjetivo antes do último quarto de século. Leis de organização judiciária foram editadas³¹, a partir do estabelecimento do regime liberal, mas as normas processuais permaneciam dispersas. O movimento de codificação varria a Europa desde a segunda metade do século XXVIII³², determinado em grande medida pelo pensamento iluminista³³, e portando foi natural, até mesmo inevitável³⁴, nesse cenário, que surgisse também em Portugal um código de processo de matriz liberal³⁵, na esteira de inovações legislativas de semelhante teor em diversos e importantes países vizinhos. Nesta senda, cumpre destacar o CPC napoleônico de 1806 (Code de Procédure Civile) como a principal referência e inspiração no movimento de codificação processual liberal do século XIX³⁶, cabendo ainda

²⁹ MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, nº 1, p. 67-98, 2007. P. 70.

³⁰ Para uma descrição das viragens constitucionais portuguesas, em momento de afirmação e consolidação, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. P. 28 e ss.

³¹ Relata VAZ a edição de decretos destinados à adequação da organização judiciária ao novo arcabouço institucional em 16.5.1832, 29.11.1836 e 13.1.1837 (Nova Reforma Judiciária), e 21.5.1841 (Novíssima Reforma Judiciária). Cf. VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)*. ROA, nº 55, p. 847-932, 1995. P. 854.

³² Não obstante, a ideia da codificação, a denotar compilação de normas e orientações doutrinárias, surgiu muito antes. Com abrangente exposição histórica cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. P. 448-461.

³³ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006. P. 63.

³⁴ A inevitabilidade da codificação era assim exposta por um doutrinador português em 1877. “Combater a conveniencia de um codigo hoje, e entre nós, seria perder tempo. Desde o aparecimento dos primeiros codigos francezes que a tendencia para a codificação de toda a legislação se tornou irresistivel na Europa. Aos codigos civis por toda a parte se seguiram os codigos de processo civil. As constituições politicas tinham entre as garantias dos cidadãos indicada a organização dos codigos, a opinião formava-se e tem-se formado por tudo isto, e hoje é mais forte do que poucas opiniões individuaes, se as ha ainda, que conteste a utilidade e necessidade dos codigos.” Cf. SÁ, Eduardo Alves de. *Commentario ao Codigo do Processo Civil Portuguez*. 1º Vol. Lisboa: Typ. De Cristóvão Augusto Rodrigues, 1877. P. 33.

³⁵ Para CUNHA, o período transcorrido desde a Constituição de 1822 à implantação da República, em 1910, caracteriza-se como “tempo de Constitucionalismo Liberal”, em que pese os “altos e baixos do democratismo”. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006. P. 215.

³⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 144.

citar o CPC alemão de 1877 (ZPO)³⁷ e o CPC italiano de 1865 (Codice di Procedura Civile)³⁸.

O avanço das liberdades civis e a consolidação dos estados nacionais eram vinculados pelos contemporâneos ao triunfo da legislação. A crença na racionalidade da vontade das maiorias e no absolutismo da razão difundiram a “convicção de que uma nação moderna devia ordenar racional e planificadamente a sua vida jurídica global através de uma codificação”³⁹.

O CPC de 1876, aprovado em 8 de novembro, se apresenta, portanto, como um produto de seu tempo, enraizado na ideologia liberal e nas concepções iluministas, e fortemente marcado por uma concepção privatística do processo⁴⁰.

Muitas e conhecidas são as abordagens negativas sobre o CPC de 1876. Algumas, injustas, analisam a lei do século XIX com os olhos do século XXI, de forma descolada do contexto histórico, e colocando em relevo apenas as muitas formalidades, excessivas, decerto, aos olhos de hoje

O diploma representou um grande avanço à época por diversos motivos, cabendo destacar, atentando aos limites desta investigação, a grande simplificação operada no ordenamento processual, decorrente da remoção do sistema de uma intrincada e extensa gama de normas entranhadas na praxe judiciária. O CPC de 1876 logrou promover o necessário rompimento com os resquícios do “procedimento comum”, ao revogar, nas palavras de SÁ, em escrito de 1877, “toda a praxe antiga: ordenações do reino, alvarás, assentos,

³⁷ O CPC alemão de 1877, em sua concepção original, “visivelmente influenciado pela legislação processual francesa”, era “eminentemente liberal”, e essa assertiva encontra demonstração na ênfase dada “à autonomia conferida às partes e à ideia de que o exercício da jurisdição é um direito do cidadão, não a dispensa de uma graça especial pelo soberano”. Cf. BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 23. No mesmo sentido sustenta WIEACKER que a ZPO resulta “das necessidades da prática e da recepção da organização judiciária da revolução francesa e do constitucionalismo da Europa ocidental através do liberalismo alemão”. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. P. 534.

³⁸ Um código “liberal e garantista”, cf. CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 59-72. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 63, nota 12.

³⁹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. P. 526.

⁴⁰ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 380.

leis extravagantes antigas e modernas e aquellas indecifráveis regras do direito e praxe anterior ao decreto de 1832, de que tanta vez o fôro e as leis usavam e abusavam”⁴¹.

O objetivo da simplificação, portanto, foi razoavelmente alcançado, se se faz a comparação com o direito anterior, por evidente.

Alguns princípios tão caros atualmente na ciência processual encontraram positividade pela primeira vez no CPC de 1876. O art. 59º consagrou o princípio da publicidade⁴². O princípio da congruência entre o pedido e a sentença encontrou guarida no art. 281º⁴³. Ademais, o princípio da livre apreciação da prova, positivado no Código Civil editado em 1867, foi mantido⁴⁴.

Estas virtudes, com o passar dos anos, foram eclipsadas pelos defeitos.

O CPC de 1876 era excessivamente formalista⁴⁵ e de uma rigidez angustiante. O procedimento era dimensionado num esquema único de atos processuais carregados de formalidades complexas e inúteis⁴⁶. Era concebido com singular intuito de servir às partes. Imperava o princípio dispositivo e ao juiz se resguardava um papel extremamente passivo⁴⁷.

ALBERTO DOS REIS, grande opositor das concepções liberais albergadas neste diploma, sintetizou com precisão o caráter privatista do CPC de 1876, dizendo-o “construído sôbre a velha concepção francesa da inércia e passividade do juiz. O juiz não tem iniciativa; só se move mediante impulso das partes. O processo é uma luta que se trava entre os litigantes e a que o juiz

⁴¹ Cf. SÁ, Eduardo Alves de. *Commentario ao Código do Processo Civil Portuguez*. 1º Vol. Lisboa: Typ. De Cristóvão Augusto Rodrigues, 1877. P. 8.

⁴² Art. 59º. Os actos judiciais, praticados em audiência ou fóra dos cartórios dos escrivães são publicos e devem celebrar-se desde o nascer até o pôr do sol.

⁴³ Art. 281. Produzidas as provas e findas as allegações, o juiz, certificando-se da legitimidade das partes, proferirá sentença, na qual resolverá toda a questão, não podendo condemnar além, ou em cousa diversa, do que se pedir.

⁴⁴ Art. 2.416º, 2.419º, 2.514º e 2.519º do CC de 1867. Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. 2ª ed. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 381.

⁴⁵ A lei processual reproduzia a primazia absoluta da forma adotada até em sede constitucional. Cf. art.176 da Constituição Portuguesa de 1822: “O poder judicial pertence exclusivamente aos Juizes. **Nem as Cortes nem o Rei o poderão** exercitar em caso algum. Não podem portanto avocar causas pendentes; mandar abrir as findas; nem **dispensar as formas do processo prescritas pela lei.**” (Grifei)

⁴⁶ Cf. FREITAS, José Lebre de. Em torno da revisão do direito processual civil. ROA, nº 55, p. 5-18, 1995. P. 8.

⁴⁷ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 35.

assiste impassível até o momento de proferir a sentença. As partes articulam e alegam o que lhes apraz; produzem as provas que querem produzir; oferecem ao juiz o que lhes apetece. O magistrado tem de aceitar o que lhe apresentam, sem poder intervir eficazmente na preparação e andamento da causa”⁴⁸.

A lei adjetiva refletia, com fidelidade, a concepção individualista e patrimonialista vigente, bem assim a desconfiança na outorga de poderes ao juiz, sob influência direta da escola da exegese.

O direito era constituído pelo conjunto de leis vigentes, expressão da soberania nacional, e em virtude do princípio da separação dos poderes o papel reservado aos juízes deveria ser reduzido ao mínimo – apenas e tão-somente a aplicação estrita da lei aos casos concretos, sem interpretações que pudessem deformar a vontade da maioria popular, expressa nos diplomas legais⁴⁹.

Na esteira dos ensinamentos de MONTESQUIEU, consagrados na Revolução Francesa, eram os juízes “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar a força, nem o rigor”⁵⁰⁻⁵¹.

O processo era coisa de partes, e por elas deveria ser dirigido⁵², porquanto eram os melhores juízes de seus próprios interesses⁵³. Confundia-se o direito material com a ação destinada fazê-lo valer em juízo, e se o direito

⁴⁸ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 207.

⁴⁹ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 23.

⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 176.

⁵¹ Temerosa que os juízes violassem as leis quando da aplicação, e deformassem a vontade do legislador pela via da interpretação, a assembleia revolucionária francesa instituiu em 1790, para todos os tribunais, um recurso de caráter geral. Previa o diploma (Lei de 16-24 de agosto de 1790) no art. 12 que os tribunais não poderiam estabelecer regulamentos, e deveriam se dirigir ao corpo legislativo sempre que achassem “necessário quer interpretar uma lei, quer fazer uma nova”. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 23.

⁵² Para VAZ incumbia às partes “uma liberdade ilimitada na direção do processo”, entendimento que não merece adesão. Com efeito, embora reduzidos, alguns poderes de direção tinha o magistrado, conforme se verá no texto adiante. Ademais, os poderes das partes para direção do processo encontravam limites ainda na abundante disciplina do procedimento, estabelecido em sequência pouco flexível. Cfr. VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)*. ROA, nº 55, p. 847-932, 1995. P. 854.

⁵³ Cf. MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, nº 1, p. 67-98, 2007. P. 70.

material era negócio de exclusivo interesse particular, também o processo era das partes, podendo estas dispor “como de coisa sua”, vedado ao juiz intervir, mesmo que para coartar chicanas que se apresentavam a cada passo no processo⁵⁴.

Instaurou-se um modelo de nítida feição adversarial. Sob determinante influência do liberalismo, atribuiu-se uma predominância da atividade das partes na instauração e delimitação da demanda e na condução do procedimento, e ao juiz uma atividade de cunho neutro e passivo⁵⁵. A preferência era por um juiz imparcial, mais que um juiz justo, pois as decisões não precisavam refletir a realidade, antes deveriam consistir no culminar de uma discussão processualmente correta⁵⁶.

A produção de prova de ofício era vedada, com exceção dos exames e vistorias previstos no art. 235º, § 1º.

Mesmo o impulso processual era dado pelas partes. Não só o inicial, mas também os sucessivos. O brocardo *ne iudex procedat ex officio* era levado ao extremo, e se associava a um elevado respeito pela forma, tida como meio para impedir precipitações, instrumento para conferir solenidade e prevenir o arbítrio dos juízes⁵⁷.

Outro fator a aumentar a rigidez procedimental foi a extinção do rito sumário, existente no ordenamento anterior especialmente para as causas de pequeno valor, a despeito da previsão nos projetos de três espécies de procedimento – ordinário, sumário e especial⁵⁸. A opção legislativa mostrou-se incorreta, pois impunha um procedimento caro e solene para causas de

⁵⁴ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 208.

⁵⁵ Para abrangente exposição do modelo adversarial, cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 74 e 83.

⁵⁶ MENDONÇA, Luís Correia de. *José Alberto dos Reis: os primeiros anos de reação contra o processo civil de inspiração individualista e liberal*. ROA, ano 57, nº 3, p.1187-1222, dez. 1997. P. 1197.

⁵⁷ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. 2ª ed. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 381-382.

⁵⁸ Alexandre de Seabra, autor de projetos utilizados na elaboração do CPC de 1876, defendia a manutenção do rito sumário, mas suas ideias neste ponto não foram acolhidas. O tempo mostrou que a razão estava ao seu lado, e a correção se deu com o Decreto nº 3/1907, de 29 de maio. Cf. REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1907. P. 609 e ss.

diminuto valor, olvidando a necessidade de adequação do instrumento processual às necessidades da causa.

Os poderes de direção do processo eram mínimos, mas sem dúvida existentes. A sutileza foi bem identificada por ALBERTO DOS REIS, que consignou a atribuição do juiz de designar data e presidir as audiências, ressaltando que a presidência era “nominal”, porquanto não tinha o magistrado “poderes para intervir utilmente no acto e para conduzir ao resultado desejado”⁵⁹. Em obra mais antiga o Lente de Coimbra apontou a permissão da dada ao juiz, em casos excepcionais, da tomada de “algumas providencias e resoluções officiosas”, e se referiu em exemplos não exaustivos aos art. 3º, § 2º, 131º, parágrafo único, 235, § 1º, e 281º⁶⁰.

Aliás, na linha defendida por TARUFFO quando da análise do sistema norte-americano, mesmo no modelo adversarial de processo se evidenciam alguns traços de inquisitorialidade, menos na produção probatória, mais e especialmente no plano da direção formal do processo⁶¹. O sistema liberal oitocentista português já revelava estas características, presentes ainda hoje nos sistemas mais inclinados ao modo adversarial de pensar o processo.

Muitas foram as denominações para o arquétipo de juiz moldado pelo CPC de 1876, todas acentuando sua passividade e postura neutral. ALBERTO DOS REIS denominou-o “juiz manequim ou juiz fantoche”⁶²; MATOS preferiu “juiz-funcionário”⁶³; e BEDAQUE aderiu à expressão “juiz espectador”⁶⁴. Preferimos denominar esse julgador inerte e passivo, característico dos códigos do oitocentismo liberal, de juiz árbitro⁶⁵.

⁵⁹ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 210.

⁶⁰ Cf. REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1907. P. 70.

⁶¹ Cf. TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008. P. 6.

⁶² Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 208.

⁶³ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 33.

⁶⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 111.

⁶⁵ Cf. RAMOS, José Luís Bonifácio. *Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil*. RIDB-FDUL, v. 2, nº 3, p. 2.255-2.294, 2013. P. 2.265.

A insuficiência desse modelo já se fazia sentir no fim do século XIX, diante das pressões por um poder judiciário mais engajado na resolução dos conflitos com justiça. A paz social passou a ser entendida como apenas um dos escopos do processo, diante da valorização crescente da aplicação correta da vontade do povo, cristalizada na lei, quando do exercício da função jurisdicional. A passividade do juiz passou a ser identificada como indiferença, característica indesejável aos entes estatais – o Estado existia para servir às realizações humanas.

Chegara a hora da viragem publicista.

2.3. O CPC de 1939 e o juiz ativo

O CPC de 1939 surgiu treze anos antes de sua promulgação, precisamente com a edição do Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, e permaneceu vivo por mais de trinta anos após sua formal revogação, supostamente ocorrida com a edição do Decreto-Lei nº 44.129/61, de 28 de dezembro.

A alegoria, a toda evidência, não se funda em arquétipos formais. Toma-se como parâmetro, para assim afirmar, uma concepção essencialista da norma, colocando a forma em segundo plano, tendo por escopo uma melhor exposição da matéria.

Decretos de nº 12.353/26, de 22 de setembro de 1926, e 12.488/26, de 14 de outubro⁶⁶, editados a partir da Revolução de 28 de maio de 1926, que instaurou período de exceção que duraria quase 50 anos, estabeleceram profundas modificações no regime processual liberal do CPC de 1876. Promoveu-se uma modificação que “desceu até as raízes e à essência do sistema legal”, e renovou sua estrutura alterando o “espírito das instituições

⁶⁶ Outros decretos promoveram mudanças no CPC de 1876 até a consolidação do novo regramento em 1939, mas os diplomas citados trouxeram as mudanças mais significativas. Entre outros cumpre citar os Decretos nº 13.979/27, de 25 de julho, 17.783/29, de 21 de dezembro, 21.187/32, de 26 de maio, e 21.694/32, de 29 de setembro.

processuais”, nas palavras de seu principal promovedor, ALBERTO DOS REIS⁶⁷.

A partir deles instaurou-se uma nova concepção de processo civil, de matriz publicista, seguindo a onda inaugurada pela reforma austríaca de 1895, dirigida por KLEIN⁶⁸, e a doutrina então em franca ascensão de CHIOVENDA.

Operou-se uma revolução⁶⁹. Substituiu-se o juiz passivo, inerte e meramente reativo do Código de 1876 por um magistrado com autoridade reforçada e de quem se esperava atividade intensa e permanente.

ALBERTO DOS REIS, em comentário ao ordenamento processual estabelecido por via dos citados decretos, registrou tratar-se de uma mudança profunda, que alterou “toda a estrutura do processo” português⁷⁰, alterações estas que viriam a se consolidar no CPC de 1939. Assim, em suas linhas mestras o ordenamento inaugurado em 1926 já continha a evolução consagrada em 1939: o viés publicista já havia superado as concepções privatistas, em clara ruptura⁷¹.

De outra banda, impende registrar a similitude do regramento trazido pelo CPC de 1961, no tocante ao CPC de 1939⁷². Promoveu-se tão somente uma circunstancial reorganização dos artigos, aprimoramentos redacionais, e

⁶⁷ REIS, José Alberto dos. *O novo código de processo civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 72, p. 161, 1939/40.

⁶⁸ Para mais detalhes sobre as ressonâncias da “socialização processual” derivada das ideias de KLEIN sobre os ordenamentos alemão, italiano e brasileiro cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo constitucional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. P. 88-98.

⁶⁹ Para referências à característica revolucionária e críticas à mudança de rumos cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 391-396.

⁷⁰ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. VII do prefácio.

⁷¹ RAMOS destaca o que se mostra consensual entre os processualistas lusos, a saber, que o CPC de 1939 representou uma profunda e estruturante rotura epistemológica em face do processo oitocentista. Cf. RAMOS, José Luís Bonifácio. “Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Vol. I. P. 917-956. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 943.

⁷² Para MENDES, o modelo procedimental do CPC de 1939 foi mantido em 1961. Cf. MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas no processo civil português*. Julgar, nº 16, 2012, p. 79-97. P. 81. No mesmo sentido sustenta GOUVEIA: “o código de 61 não existe, que se tratou de mera reforma do Código de 39”, e apesar da aprovação formal de um novo código em 1961, trata-se de “mera técnica legislativa, que não serve de argumento”. Cf. GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão*. Julgar, nº 1, 2007, p. 47-65. P. 49. Ainda na mesma linha, assegura FREITAS que “não se pode esquecer que o CPC de 1961 é ainda o de 1939”. Cf. FREITAS, José Lebre de. *Em torno da revisão do direito processual civil*. ROA, nº 55, p. 5-18, 1995. P. 7.

algumas pontuais reformas⁷³, as quais não modificaram os elementos essenciais do “Código Alberto dos Reis”.

Eis porque é possível e desejável, especialmente para análise dos poderes diretivos do juiz, que se considere como período publicista o compreendido entre a vigência das reformas de 1926 e a concretização das reformas operadas em 1995/96, período esse governado pelo ideário de ALBERTO DOS REIS, assinalada como principal referência o CPC de 1939, aprovado pelo Decreto-lei nº 29.637/39, de 28 de maio⁷⁴.

Passemos, então, a análise dos elementos centrais do regramento processual no período.

A exposição de motivos do Dec. nº 12.353/26 explicita com clareza as vigas mestras da reforma publicista ao fixar como “princípios orientadores” das reformas modernas de processo a “oralidade, a concentração e a actividade do juiz”. O denotar destas categorias com o viés principiológico transparece a inovadora teleologia prevalecente, um carácter instrumental do processo que muitas décadas depois viria a tornar-se padrão na ciência. Mantém-se atual e merecedora de transcrição, por conseguinte, a referência de ALBERTO DOS REIS aos sobreditos princípios como “instrumentos técnicos postos ao serviço de determinados objetivos: a rapidez, a simplicidade, a economia e a justiça”⁷⁵.

Por certo referidos princípios se imbricam e atuam em conjunto na disciplina do procedimento, e gravitam em torno da concepção publicista do processo, justificadas breves linhas para delimitar seus contornos.

A oralidade, em diversos graus, mormente a partir do século XIX, esteve sempre presente na conformação do procedimento, num incessante duelo com a forma escrita, inevitavelmente com indisfarçável pano de fundo ideológico⁷⁶.

⁷³ DUARTE, em contraponto, consignou ocorrência de “inovações substanciais”. Cfr. DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 72.

⁷⁴ Com alterações promovidas antes do início de sua vigência mediante Decreto-lei n.º 29.950/39, de 30 de Setembro.

⁷⁵ Cf. REIS, José Alberto dos. *O novo código de processo civil*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 72, p. 161-166 e 193-196, 1939/40. P. 164.

⁷⁶ Nesse sentido a lição de INCHAUSTI, em referência ao processo espanhol no século XX mas que pode ser extrapolada no tempo e no espaço: “Partiendo de esa prevalencia inicial de la forma escrita, más que um auténtico debate entre oralidad y escritura, lo que se ha vivido a lo largo del siglo XX – de forma más o menos intensa según momentos y lugares – ha sido

A oralidade intuitivamente se liga ao publicismo, pois demanda menos formas e mais poderes para o juiz. Ao revés, processos mais garantistas tendem à escritura e se ligam ao ideário privatista/adversarial⁷⁷. Nessa longa caminhada, caracterizada de movimentos pendulares inerentes ao embate, a balança passou a pender para a oralidade de forma mais clara⁷⁸ a partir dos trabalhos de KLEIN e CHIOVENDA.

No CPC austríaco de 1895, projetado por KLEIN, “a defesa entusiástica da imediação e da oralidade elevou-se quase ao patamar de dogma, com atenuações da oralidade quando esta obstaculizava a presteza objetivada”⁷⁹. CHIOVENDA, por sua vez, com o reforço analítico derivado da estratificação do “princípio fundamental” da oralidade, caracterizador do “processo oral”, nos subprincípios da imediação, identidade física do juiz e oralidade em sentido estrito⁸⁰, nas primeiras duas décadas do século XX promoveu verdadeira campanha em defesa da ampliação da oralidade no sistema processual italiano⁸¹, com grandes repercussões no cenário europeu.

O princípio da concentração, por sua vez, se apresenta estreitamente conectado à oralidade e economia processual⁸², e orienta não só o julgador,

uma luta por la oralidad y contra la escritura, que no ha estado exenta de connotaciones ideológicas.”. Cf. INCHAUSTI, Fernando Gascón. Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España. Informe apresentado no Coloquio “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, organizado pela Associação Internacional de Direito Processual em Valência, de 6 a 8 de novembro de 2008. Disponível em www.eprints.ucm.es/26700/. Acesso em 8.7.2016.

⁷⁷ A contraposição oralidade/publicismo vs. escritura/garantismo ainda conserva fins didáticos, mas com a convergência dos ordenamentos tende a perder significado, conforme observa TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apres. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 15-16.

⁷⁸ Atualmente pode-se admitir, na linha preconizada por STÜRNER, a existência de um “princípio processual comum europeu” para o processo declaratório denominado “princípio da oralidade preparada por escrito”, cristalizada como ponto de equilíbrio após longa evolução. Cf. STÜRNER, Rolf. *Oralidade e escritura no processo civil europeu*. Trad. Ronaldo Kochem. Revista de Processo, nº 223, p. 111-130, 2013.

⁷⁹ Cf. GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 29.

⁸⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 72-74.

⁸¹ Com amplas referências, cf. GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 31.

⁸² Tratam-se, como bem observou RUI PINTO, de expressões variáveis do “princípio estruturante da prevalência funcional do processo”. Cf. PINTO, Rui. *Gestão processual, tribunais de competência específica, competência em razão da forma e oralidade: quatro reflexões avulsas diante da Lei nº 52/2008, de 23 de agosto*. Separata de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, edição da FDUL, p. 837-862, 2010. P. 858.

mas também o aplicador, a promover a concentração de atos processuais de modo a conferir celeridade e economicidade ao procedimento, objetivo que se realiza, se não exclusivamente, ao menos de forma prevalente, mediante atos orais, praticados em audiência⁸³.

Se é possível imaginar, em tese, procedimentos nos quais oralidade e concentração coexistam em ambiente adversarial, é dizer, com um juiz passivo e despido de poderes diretivos, esse arranjo não tem sido observado. O aumento da influência destes vetores tem ocorrido, em regra, em conjunto com a valorização da visão publicista e, por conseguinte, com aumento dos poderes do juiz (probatórios, diretivos e, em reduzida medida, conformantes do objeto litigioso).

Em estreita vinculação os princípios eleitos como estruturantes pelo legislador caracterizam o ordenamento adjetivo como publicista, e ainda atualmente se harmonizam na estruturação de um procedimento adequado. Por agora, atentando ao objetivo deste capítulo, importa assinalar a forma como neste novo cenário foram estabelecidos os poderes-deveres diretivos do juiz na viragem publicista impulsionada por ALBERTO DOS REIS.

O art. 27 do Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, representou com precisão o inaugurar da nova era. Sua importância justifica a transcrição.

Art. 27. A instrução do processo pertence às partes, mas sob direção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça.

O juiz deixou de ser passivo e aspirante a utópica neutralidade, pois a lei passou a impor, de modo incisivo, não somente um poder de condução ativa, mas um verdadeiro dever – uma ordem; não uma faculdade. E esta postura ativa deveria se fazer presente a) nos diversos momentos processuais (“na

⁸³ RODRIGUES adota uma concepção restritiva do princípio da concentração, vinculando-a ao momento da produção da prova oral. Seja num olhar prospectivo e propositivo, ou numa visão calcada no direito positivo português, não se adota aqui esta visão. Há espaço para a concentração em diversas etapas do procedimento, mormente na fase de saneamento e organização. Cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 147.

preparação, discussão e julgamento”), b) à luz de um objetivo claro e expresso de conferir “rapidez, simplicidade e economia” ao feito, c) tanto no tocante à instrução do processo (consoante referência à busca da verdade e justiça, valores secundários no ordenamento liberal) quanto à condução do procedimento em suas diversas etapas.

O dispositivo consagrou, em diversas vertentes, o que se denominou, em adoção de terminologia sintética, de princípio da atividade permanente e intensiva do juiz⁸⁴ ou, de forma mais enxuta ainda, princípio da atividade do juiz⁸⁵.

Na ampliação dos poderes-deveres do juiz foi determinante a modificação no modo de ver a função do processo. O ideário liberal vislumbrava apenas interesses das partes resultado da jurisdição, e por isso a elas era conferido o protagonismo. A viragem inaugurada por KLEIN despertou a comunidade jurídica para o interesse do Estado na observância da lei⁸⁶, ou seja, interesse na entrega da tutela jurídica a quem verdadeiramente fosse detentor do direito objetivo. Reconhecido o interesse, teria o Estado “o dever de assegurar a effectividade da justiça”; incumbindo-lhe, pois, “torna-la tão rápida e completa quanto possível”, mediante necessária intervenção ativa, “por intermédio de seus órgãos, na instrução e na marcha do processo”⁸⁷.

E se havia um dever, uma missão a desempenhar, haveria o ordenamento de conferir um meio idôneo para o alcance do desiderato, pois não se poderia esperar ingenuamente que do embate entre as partes a atuação concreta da lei se realizasse. A conclusão pela necessidade de

⁸⁴ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 392.

⁸⁵ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Em torno da revisão do direito processual civil*. ROA, nº 55, p. 5-18, 1995. P. 8. Contudo, estas terminologias conglobantes, embora adequadas ao direito então posto, não obtiveram grande adesão. A análise doutrinária e disciplina legal dos poderes-deveres do juiz inspirados na vaga publicista e incorporados ao ordenamento passaram a se estruturar em três vertentes, uma primeira tratando dos poderes probatórios (art. 264º, 3, no CPC de 1961), outra relativa aos poderes diretivos (art. 266º no CPC de 1961) e ainda uma terceira pertinente aos poderes do juiz na delimitação e modificação pontual e circunstancial do objeto do litígio, mediante ampliação da base fática do processo.

⁸⁶ Nesta linha publicista doutrinou CHIOVENDA: “situado o objetivo do processo na atuação da vontade da lei, se exclui que o possamos localizar na defesa do direito subjetivo”. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 65.

⁸⁷ Cf. REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1907. P. 70.

concessão de mais poderes ao juiz, portanto, era inevitável. Por conseguinte, tornou-se o juiz o sujeito processual mais relevante dentre os intervenientes do processo⁸⁸, um juiz ativo e atuante em ambiente plasmado por um princípio do dispositivo redimensionado e mitigado por uma crescente inquisitorialidade.

Os poderes-deveres consagrados em linhas gerais no art. 27º encontraram detalhamento no art. 28º, em dez itens⁸⁹, os quais envolveram poderes diretivos e instrutórios⁹⁰, estruturados em prescrições que se apresentam, em alguns casos, como densas e diretas e, em outros, como cláusulas gerais processuais de textura significativamente aberta.

No que tange especialmente os poderes diretivos incumbe destacar a cláusula geral prevista no item 9º, a ordenar a remoção de “obstáculos ao seguimento do processo”, a autorização para indeferimento de diligências se entendidas que teriam “apenas em vista protelar o andamento da causa”, contida no item 7º, bem assim a possibilidade de reunião de causas conexas e

⁸⁸ Para GOUVEIA instalou-se um paradigma autoritário de processo. Cf. GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa*: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão. Julgar, nº 1, 2007, p. 47-65. P. 49. No mesmo sentido, e até com mais ênfase, cf. MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, nº 1, 2007, p. 67-98. Passim. Não se pode concordar com esse adjetivo. A conotação negativa do termo não condiz com o saldo francamente positivo da concessão de maiores poderes ao juiz, notadamente se se atenta ao momento histórico.

⁸⁹ Art. 28º. Compete especialmente ao juiz: 1º Chamar atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que possam ser corrigidos; 2º Convidar as partes a esclarecer ou completar as suas alegações e os seus meios de prova; 3º Ordenar exames, vistorias e avaliações; 4º Determinar a comparência pessoal das partes quando julgue conveniente ou para tentar a conciliação ou para ouvir sobre factos essenciais da causa; 5º Requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da questão e indeferir a junção ao processo de tudo o que fôr impertinente ou desnecessário; 6º Convidar os advogados a resumir os seus requerimentos ou as suas alegações orais quando forem manifestamente excessivos, e chamá-los à ordem quando estejam versando assuntos estranhos à causa, podendo retirar-lhes a palavra no caso de reincidência e abuso intolerável; 7º Recusar a expedição de cartas rogatórias e de cartas precatórias para fora do continente ou da ilha onde a causa correr, e indeferir o pedido de quaisquer diligências quando entenda que se tem apenas em vista protelar o andamento da causa; 8º Significar às partes a conveniência de que determinadas testemunhas, residentes fora da circunscrição judicial, venham depor perante êle; 9º Ordenar preparos e remover todos os obstáculos ao seguimento do processo; 10º Ordenar a junção de causas entre si conexas e a suspensão duma causa enquanto não fôr decidida outra de que está dependente.”

⁹⁰ MENDONÇA classifica referidos poderes-deveres em poderes de inspeção, de instrução, de disciplina e de impulsão. Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 396-397. Adotou ALBERTO DOS REIS uma classificação bipartida: poderes de promoção e poderes de inspeção. Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 211.

suspensão de causas dependentes de decisão em outros processos, objeto do item 10º.

Outros poderes diretivos podem ser identificados no rol em análise, bem como em disposições esparsas do código, feita a advertência de que, em muitos casos, mostra-se tênue a distinção, porquanto a atuação do juiz na busca pela atuação efetiva da lei demanda a utilização de poderes-deveres ao mesmo tempo instrutórios (poder-dever de produzir prova) e diretivos (poder-dever de conduzir o procedimento rumo a decisão tempestiva, adequada e justa).

Os poderes-deveres judiciais não se alteraram de forma significativa com a edição do CPC de 1939, que não se fez “obra de raiz”, pois limitou-se a “generalizar a todos os sectores do mecanismo judiciário, aos diferentes actos e termos do procedimento, as ideias e conceitos que orientaram as reformas feitas pelo Decreto nº 12.353 e diplomas posteriores, em ordem à prossecução dos mesmos objetivos essenciais: justiça real no menor período de tempo”⁹¹.

Do mesmo modo mantiveram-se substancialmente os programas e instrumentos publicistas no CPC de 1961, traduzidos no significativo reforço dos poderes do juiz⁹². Lê-se na exposição de motivos do diploma: “a reforma a que se procede (...) não envolve, contudo, uma substituição dos princípios fundamentais que a legislação processual vigente abraçou, visto que a superioridade das novas concepções, a despeito da crítica impiedosa a que nalguns pontos têm sido sujeitas, ainda não pôde ser validamente contestada”⁹³.

Diplomas posteriores ao decreto de 1926 passaram a disciplinar em dispositivos distintos as diretrizes pertinentes à direção do processo⁹⁴ e

⁹¹ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo”. *Processo civil e ideologia*. Juan Montero Aroca (coord.). P. 375-430. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 409.

⁹² Cf. VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 55, 1995. P. 847-932. P. 859.

⁹³ Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 44.129/61, de 28 de dezembro.

⁹⁴ Cf. CPC de 1961: “(Poderes do juiz para tornar pronta a justiça) Art. 266º. Cumpre ao juiz remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que, sem prejuízo do nº 1 do art. 264º, se mostre necessário para o seguimento do processo.”

poderes judiciais instrutórios⁹⁵. Se na origem os poderes/deveres foram dispostos de forma concentrada, num princípio de ampla abrangência (art. 27º), complementado por outro de estrutura minudente e analítica (art. 28º), a partir da reorganização operada mediante o código de 1939 e reformulação de 1961 passaram a ter disciplina dispersa, em artigos diversos. Referidas mudanças tiveram cunho meramente formal.

O ordenamento processual português no período ora denominado publicista, em seus anos finais, passou por outra reforma de monta, denominada “reforma intercalar”, por intermédio do Decreto-lei nº 242/85, de 9 de julho, diploma que alterou 70 artigos do digesto adjetivo.

Importa registrar, no tocante aos poderes diretivos, a modificação operada no regime da audiência preparatória prevista então no art. 508, a qual passou a ser facultativa, em qualquer hipótese⁹⁶, bem como o estabelecimento da irrecorribilidade do saneador quando o magistrado relegasse para sentença o conhecimento e decisão sobre algumas matérias⁹⁷.

Estas alterações ampliaram poderes diretivos ao juiz, porquanto em essência concedeu-se poder-dever de realizar ou não a audiência, e de decidir ou não no saneador sobre exceções.

Tanto os aprimoramentos do “Código de 1961”, quanto da reforma intercalar, alinharam-se a tendência global observada no século de XX de reforço dos poderes dos juízes no processo civil.

Para além dos aprimoramentos demandados em diversas searas processuais, era preciso reforçar ainda mais os poderes diretivos, mas esse reforço deveria se revestir de especial conformação, pois conferir poderes para uma atividade ainda maior do juiz, sem o estabelecimento de mecanismos

⁹⁵ Cf. CPC de 1961: “(Poder inquisitório do juiz) Art. 264º.(...) 3. O juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer.”

⁹⁶ A lei ordenava (estabelecia que o juiz “...designará para dentro de dez dias audiência uma audiência de discussão”), e após a reforma passou a facultar (“...poderá designar, para dentro de dez dias, uma audiência de discussão”).

⁹⁷ Mediante inserção do nº 5 ao art. 510º com seguinte teor: “Não cabe recurso do despacho saneador que, por falta de elementos, relegue para sentença o conhecimento das matérias de que lhe cumpre conhecer nos termos das alíneas a) e c) do nº 1”. Cf. TALAMINI, Eduardo. *O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente*. Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 134, P. 137-163, abr./jun. de 1997. P. 141.

compensatórios de reforço ao contraditório, poderia desequilibrar a atuação dos intervenientes do processo.

Reforçar poderes, sim, mas estabelecendo mecanismos de controle e compensação. Era a hora de positivar a cláusula geral de adequação formal controlada e compensada com mecanismos de cooperação estabelecendo de deveres para o tribunal.

2.4. O CPC de 1995 e o juiz cooperante

No início da década de 90 do século passado havia um consenso acerca da necessidade de realizar uma ampla reformulação na disciplina processual civil portuguesa, diante de um diagnóstico de vários problemas difundidos por todo o sistema, os quais entravavam a prestação jurisdicional e disseminavam uma imagem negativa de ineficiência e morosidade, não apenas entre os diversos setores da profissão forense, mas em toda a sociedade⁹⁸.

Em verdade, o movimento reformista havia começado anos antes. Nomeada pelo Ministro da Justiça em 1984, comissão destinada a promover a revisão do CPC, presidida pelo Prof. Antunes Varela, apresentou dois anteprojetos nos anos de 1988 e 1993. Conquanto insatisfeito com os resultados desde a apresentação da primeira proposta revisora, próxima a “uma terceira versão do Código de 1939”, tendo em vista que apenas promovia uma “nova arrumação sistemática e regulamentação tradicional”, o ministro nomeou outra comissão com intuito de “elaborar um conjunto de orientações para a modernização do processo civil”⁹⁹. Esta segunda comissão elaborou um estudo, colocado em discussão pública em 1993, denominado “Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil”, o qual logrou obter maior

⁹⁸ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. “*Apreciação de alguns aspectos da ‘Revisão do Processo Civil – Projecto’*”. Revista da Ordem dos Advogados, nº 55, Vol. II, Lisboa, 1995. P. 353-416. P. 353-354.

⁹⁹ Cf. MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas no processo civil português*. Julgar, nº 16, p. 79-97, 2012. P. 82.

aprovação e converteu-se em direito positivo mediante edição do Decreto-Lei n.º 329-A/95¹⁰⁰.

O decreto-lei foi editado ao abrigo da Lei de autorização de revisão do Código de Processo Civil n.º 33/95, de 18 de agosto¹⁰¹, e promoveu alterações profundas na estrutura do processo civil português.

LEBRE DE FREITAS aponta que a reforma processual deu-se de forma apressada por razões políticas, “para mostrar trabalho no fim da última legislatura do PSD”. A pressa redundou em falhas que demandaram correções e aperfeiçoamentos no ano seguinte, mediante edição do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro, também de modo célere para “evitar a necessidade de nova autorização legislativa” e “para não frustrar a expectativa criada pela publicação do diploma anterior”¹⁰².

Se formalmente operou-se apenas uma revisão, substancialmente trata-se de um novo código, motivo pelo qual se adere ao entendimento esposado por LEBRE DE FREITAS e PIMENTA para o fim de denominar “CPC de 1995” o ordenamento havido das mudanças então operadas¹⁰³.

¹⁰⁰ Houve um embate entre os que defendiam posições mais conservadoras e a elaboração de um novo código, capitaneados pelo Prof. ANTUNES VARELA, presidente da comissão estatal nomeada para elaboração de um anteprojeto de revisão do CPC, e os que sustentavam a conveniência de modificações mais profundas, a serem implementadas por mais uma reforma parcelar, tendo por principais representantes os elaboradores das “Linhas Orientadoras”. Esta investigação, apresentada e levada à discussão pública em 1993, foi elaborada por uma comissão de seis juristas, dos quais três designados pelo Ministério da Justiça (Pereira Baptista, Lopes do Rego, Cristina Silva Santos), e três designados pela Ordem dos Advogados (Lebre de Freitas, João Correia e António Telles). Para exposição sobre a batalha de ideias derivada das diferentes visões defendidas pela Comissão Antunes Varela e os elaboradores das “Linhas Orientadoras” cf. FREITAS, José Lebre de. *Em torno da revisão do direito processual civil*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 55, 1995, p. 5-18. Confira-se ainda, com mais detalhes, MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas no processo civil português*. Julgar, n.º 16, p. 79-97, 2012. P. 82-84.

¹⁰¹ O ordenamento constitucional português, consoante previsão constante dos art. 164, “e”, 168, “q” e 169, n.º 3, admite alterações pelo poder executivo na lei adjetiva, por meio de decretos-lei, desde que autorizado pelo poder legislativo.

¹⁰² Cf. FREITAS, José Lebre de. A crise e o processo civil. In: BARRETO, António (org.). *Justiça em crise? Crises da Justiça*. P. 275-282. Lisboa: Dom Quixote, 2000. P. 281.

¹⁰³ LEBRE DE FREITAS, abraçando “a linguagem não formal”, diante do arrojo das reformas, diz ser possível “passar-se a falar de um novo código”. Cf. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Prefácio, p. VII. Cf. ainda PIMENTA, Paulo. *Tópicos para a reforma do processo civil português*. Julgar, n.º 17, 2012, p. 109-134. P. 113. Em sentido contrário o texto da exposição de motivos: “Optou-se, na elaboração desta revisão do Código de Processo Civil por proceder a uma reformulação que, embora substancial e profunda de diversos institutos, não culmina na elaboração de um Código totalmente novo.”.

Considera-se que o CPC de 1995 inaugurou um período de transição e aperfeiçoamentos na feição publicística e instrumentalista consolidada no ordenamento então vigente. As modificações operadas não constituíram ruptura, ao contrário do ocorrido quando da viragem publicística¹⁰⁴. Muito ao revés, em muitos de seus aspectos essenciais a reforma se enquadra completamente na linha evolutiva inaugurada mediante Decreto nº 12.353/26, e que viria a se consolidar no CPC de 1939¹⁰⁵.

Com efeito, remontam a KLEIN e CHIOVENDA os reforços dos poderes diretivos e instrutórios do juiz, em ordem garantir uma paridade em armas e isonomia substancial, e não meramente formal, e uma resolução do processo justa e em tempo razoável, com prevalência do fundo sobre a forma.

É explícita nesse sentido a opção ideológica do legislador reformista.

Constaram da exposição de motivos do DL 329-A/95 as linhas mestras preconizadas pelo novo diploma. Consagrou-se a positivação do caráter normativo dos princípios¹⁰⁶, mediante expressa distinção destes das regras. Em complemento, estipulou-se o “recurso (...) à adoção das cláusulas gerais”. Previu-se a concessão de um “poder mais interventor do juiz”, para garantia de prevalência do fundo sobre a forma, compensado esse aumento do poder pela previsão do princípio da cooperação e “por uma participação mais ativa das partes no processo de formação da decisão”.

Os poderes diretivos foram reforçados, notadamente com o estabelecimento da adequação formal como princípio e cláusula geral. Entretanto, nota-se no ordenamento novo uma mudança de rumo essencial: o

¹⁰⁴ A despeito da exposição de motivos do DL 329-A/95 afirmar opção “por uma clara ruptura (...) com a atual legislação”, leitura atenta da inteireza do texto preambular e leitura sistemática da norma permitem inferir que a referência se prende a um aspecto específico do novo ordenamento. A ruptura referida aponta para necessidade de mais flexibilidade e adequação formal. Em sendo assim, e em perspectiva global, adequado sustentar que o CPC de 1995/96 no que toca os poderes diretivos do juiz representa significativa evolução, e não propriamente uma ruptura.

¹⁰⁵ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 29.

¹⁰⁶ Princípios são reconhecidos há muito no direito. Fenômeno relativamente recente é o reconhecimento de sua força normativa, sua eficácia e diversos modos de influir e determinar a disciplina das condutas. A reforma de 1995/96 alinhou definitivamente o ordenamento processual português com esta forma de pensar os princípios. A valorização dos princípios avançaria ainda mais com a posição de destaque dada pelo CPC de 2013, no qual os princípios fundamentais foram reunidos em capítulo específico na abertura do código, em eloquente localização, solução seguida pelo CPC brasileiro de 2015.

reforço dos poderes diretivos veio acompanhado de uma preocupação com equilíbrio dos poderes dos intervenientes no processo.

O CPC de 1995 preocupou-se em conferir às partes maiores poderes de influência no andamento da causa e na formação da decisão judicial, e assim contribuir para realizar um processo mais legítimo e democrático, e inenunciáveis as arbitrariedades.

Nesse diapasão, o novo digesto não apenas reforçou, mas especialmente promoveu um aperfeiçoamento dos poderes diretivos do juiz, dando-lhes nova feição, mediante estipulação de freios e contrapesos.

Lado outro, durante sua vigência foram aprovadas normas de carácter experimental de grande impacto e influência na matéria, com destaque para o Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho, criador do denominado Regime Processual Civil Experimental (RPCE), com vigência definida no tempo e no espaço, tendo por nota essencial remoldagem ampliadora dos poderes diretivos em torno da ideia de gestão.

Um cenário caracterizado por normas experimentais, vivenciadas em claro ambiente evolutivo dos poderes diretivos rumo aos poderes de gestão, permite adjectivar o período compreendido entre a reforma de 1995, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1997, e o CPC de 2013, não só como período de aperfeiçoamento, mas também de transição no tocante aos poderes diretivos.

O aumento dos poderes diretivos do juiz deu-se em dispositivos esparsos, ao longo de todo o diploma reformado, mas há um núcleo representativo desta inclinação, uma referência exponencial: a consagração do princípio da adequação formal no art. 265º-A¹⁰⁷, em adição aos poderes de direcção ativa do juiz previstos no art. 265º, tendo por contraponto o princípio da cooperação previsto no art. 266º¹⁰⁸.

¹⁰⁷ ARTIGO 265º-A. (Princípio da adequação formal). Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

¹⁰⁸ Art. 266º. (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

As alterações no dispositivo especificamente voltado à direção ativa do processo são de reduzida monta, em comparação com a previsão normativa anterior, conforme se depreende do cotejo entre os art. 264º e 266º do CPC de 1961 com o art. 265 do CPC de 1995¹⁰⁹.

Uma alteração significativa decorreu da transferência da atribuição de promover o impulso processual, expressamente atribuído às partes no art. 264º, nº 1 (considerava-se vinculado ao poder dispositivo), o qual passou a ser atribuição ordinária do juiz, excepcionalmente deferida às partes em casos específicos previstos em lei (art. 265º). Passa a incumbir ao juiz promover as diligências necessárias ao regular prosseguimento da ação, e não apenas ordenar, como disciplinava o art. 266º na redação anterior¹¹⁰.

Mas a mais significativa modificação nos poderes diretivos decorreu do estabelecimento do princípio da adequação formal.

Na redação primeva, dada pelo DL 329-A/95, o qual acresceu ao CPC o artigo 265º-A, constava a previsão da adequação formal com o seguinte teor: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado”.

A norma não chegou a entrar em vigor em sua dimensão original. Ainda durante a *vacatio legis* foi modificada pelo Decreto-lei nº 180/96, de 25 de

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 519. 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 processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

¹⁰⁹ Art. 265º. (Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório) 1 - Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório. 2 - O juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los. 3 - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

¹¹⁰ Cf. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008. P. 510.

setembro, estabelecida então a redação na forma como segue: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Substituiu-se a exigência de adequação mediante “acordo” com as partes por adequação após “ouvidas as partes”, evidenciada a reduzida eficácia do instituto e mesmo a possibilidade de esvaziamento da utilidade prática da norma, em sua redação original¹¹¹⁻¹¹². Com efeito, não se poderia conceber a dependência de uma tramitação adequada às necessidades do litígio à confluência de vontades. O acordo muitas vezes não seria alcançado por estratégia de quem não teria interesse na tramitação mais célere ou tendente a investigação mais aprofundada dos fatos¹¹³.

O permissivo legal atribuiu ao juiz o poder-dever de alterar o trâmite legal do processo, prescindindo da prática de alguns atos impostos pela lei, impondo a realização de outros não previstos e ainda modificando a forma e conteúdo destes atos¹¹⁴⁻¹¹⁵. De modo a privilegiar o fundo sobre a forma, e realçar o

¹¹¹ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio da adequação formal no direito processual civil português*. RIDB/FDUL, ano 1 (2012), nº 11, p. 6.665-6.685, p. 6.673.

¹¹² Outras alterações operadas na parte final do dispositivo objetivaram tão-somente uma melhoria redacional.

¹¹³ Não obstante, demonstrando uma romântica confiança, o novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pela Lei nº 13.105/15, no art. 190, consagra uma cláusula geral autorizativa da celebração de acordos de procedimento, mediante os quais as partes podem promover “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

¹¹⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, jul./set. de 2013: 10-14. Braga: CEJUR, 2013. P. 11.

¹¹⁵ BRITO entendeu que, na conformação do instituto dada na reforma de 1995/96, não se permitiria a adequação de forma dos atos, mas apenas modificação de sua sequência, pois “ou a lei não prescreve a forma e esta deve ser a adequada ao fim para o qual o acto foi instituído; ou existe uma forma legalmente prescrita e, nesse caso, a adequação ao fim encontra-se assegurada pelo regime da invalidade dos actos processuais”. Cf. BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal. Aspectos do novo processo civil*. SOUSA, Miguel Teixeira de (coord.). P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 38. Não se adere a esta interpretação. A lei, ao permitir ao juiz determinar “a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo” quando a “tramitação” fixada em lei não for adequada está a fixar um escopo – adequação – e a conferir um pertinente instrumento – poder de moldar procedimento mediante supressão, alteração de sequência e modificação de forma. A interpretação restritiva em grande medida olvida o aspecto teleológico da norma. No sentido do texto cf. FÁRIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 26/27. Certo é que esta questão restou superada com o

caráter instrumental do processo, ao juiz atribuiu-se a missão de conformar procedimentos nos casos em que as peculiaridades do litígio assim exigissem.

A possibilidade de adequação procedimental judicial patrocinou uma alteração significativa na estrutura do processo civil português, acostumado a trabalhar com estruturas procedimentais rígidas. Promoveu, ao menos em teoria, uma significativa modificação paradigmática na disciplina das formalidades processuais, sem precedentes nos sistemas processuais afetos à *civil law*¹¹⁶.

O reforço dos poderes judiciais veio acompanhado da positivação do princípio da cooperação, destinado ao redimensionamento do princípio do contraditório, pela inclusão do juiz no rol dos sujeitos do diálogo judicial¹¹⁷, não mais como um mero espectador de um duelo, nem como ator principal de um monólogo.

Com escopo de transformar o processo civil em comunidade de trabalho¹¹⁸, intentou-se a responsabilização de todos os seus intervenientes pelos resultados da atividade¹¹⁹, mediante imputação de situações jurídicas (dirige-se o princípio às partes e, de forma inovadora, ao tribunal¹²⁰), visando uma atuação colaborante ao longo do processo¹²¹. O auxílio mútuo perseguido

texto que consagra o instituto no art. 547 do novo CPC, no qual há referência expressa a adaptação de conteúdo e forma dos atos.

¹¹⁶ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, T. 2, abr./jun. de 2011: 137-149. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 138. No mesmo sentido cf. ainda BRITO, Pedro Madeira de. “O novo princípio da adequação formal”. *Aspectos do novo processo civil*. Miguel Teixeira de Sousa (org), p. 31-69. Lisboa: Lex, 1997, p. 31.

¹¹⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 46.

¹¹⁸ O STJ Pt em acórdão recente consignou que “os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação (...) fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho...”. STJ, 7ª Secção, proc. 41/06.4TBCSC.L1.S1, Rel. Ana Paula Boularot, un., j. 21.3.2012.

¹¹⁹ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 62.

¹²⁰ Conforme bem apontou, MATOS, “a novidade aqui não residirá na cooperação das partes com o tribunal que tem, contidamente, um longo lastro histórico desde os art. 27º e 28, do Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926 mas, essencialmente, nos deveres de colaboração do tribunal com as partes”. Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 79.

¹²¹ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 590.

almeja a realização dos objetivos da jurisdição – a justa composição do litígio – em prazo razoável¹²².

Ao juiz que passa a poder adequar o processo são impostos poderes-deveres, predispostos à contenção de arbitrariedades¹²³, vocacionados a otimizar o contraditório e assim permitir a necessária influência das partes sem entraves indevidos. TEIXEIRA DE SOUSA desdobrou os deveres decorrentes do princípio da cooperação¹²⁴ em: dever de esclarecimento (tribunal deve se esclarecer junto às partes a respeito de das alegações e pedidos destas), de consultar as partes (tribunal deve consultar as partes antes de conhecer de matéria de fato ou de direito a respeito das quais aquelas não tenham se manifestado), de prevenção (tribunal deve prevenir as partes a respeito de eventuais deficiências em suas alegações e pedidos), de auxílio (tribunal deve ajudar as partes a remover dificuldades ao exercício de seus direitos e no cumprimento dos ônus e deveres)¹²⁵.

Esse o juiz cooperante: que *pode* mais, porquanto seus instrumentos diretivos foram ampliados, notadamente pela cláusula geral de adequação, mas que também *deve* muito mais, pois se passa a exigir dele um engajamento profundo na solução justa do litígio.

Os poderes-deveres diretivos e de adequação lhes são conferidos “como meios postos ao seu dispor para servir as partes”, para uso com respeito pleno

¹²² LEBRE DE FREITAS distingue *cooperação em sentido material*, no sentido de apurar no processo “a verdade sobre a matéria de facto e, com base nela, se obter a adequada decisão de direito”, da *cooperação em sentido formal*, sustentada na ideia colaboração para evitar dilações inúteis e proporcionar decisão “no menor tempo compatível com as exigências do processo”. Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 186.

¹²³ “Sem colaboração com as partes, sem que o juiz se dispa da veste autoritária da concepção publicista do processo civil, interiorizadas entre nós desde Alberto dos Reis, desde os primórdios do Estado Novo, normas como estas poderão traduzir-se no puro arbítrio”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 143.

¹²⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 65.

¹²⁵ Em desdobramento da seminal exposição da matéria promovida por TEIXEIRA DE SOUSA, acima referida, ainda hoje a principal referência na doutrina, aprofundada análise do tema consta de artigo de GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8ª ed. P. 369-383. Salvador: Juspodivm, 2010.

aos seus direitos e garantias¹²⁶, o que só ocorrerá se o contraditório for reforçado por escorreita observância dos deveres cooperativos.

Não obstante os evidentes avanços das inovações legislativas, embaraçoso constatar que os resultados práticos das louvadas melhorias trazidas pelo CPC de 95 não chegaram a ser observados.

A doutrina registrou o uso tímido dos novos poderes diretivos. Quanto à cláusula geral de adequação formal, PAULA COSTA E SILVA disse ter ocorrido uma “revolução no papel”, pois “a prática nunca absorveu esse princípio”, e “não se conhecem casos de aplicação do art. 265º-A”¹²⁷. Aparentemente o motivo da reduzida eficácia residiu na contradição legislativa bem assinalada por MATOS: o CPC de 95 conferiu, de um lado, “poderes alargados de direção ao juiz, em sede de princípio geral”, mas em seguida dele desconfiou e retirou em grande medida a capacidade sancionatória, mediante disposições legais avulsas ao longo do código, as quais constroem o julgador e prejudicam a intervenção dirigente¹²⁸. Também LEMOS JORGE registrou ser “patente para qualquer profissional do foro” o reduzido aproveitamento da norma, que poderia até ser apelidada como programática¹²⁹.

Quanto à cooperação, sempre houve um ceticismo quando à eficácia normativa do princípio e reduzido número de regras instrumentais próprias.

Na vertente dirigida às partes, porquanto estas têm interesses antagônicos no que respeita o andamento do processo: enquanto uma quer celeridade, a outra dirige seus esforços para o retardamento do feito¹³⁰. O conflito que levou às partes ao tribunal será transposto, com suas divergências, para o processo, e essa animosidade não pode ser neutralizada por disposição

¹²⁶ Cf. GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão*. Julgar, nº 1, p. 47-65, 2007. P. 64-65.

¹²⁷ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 48, nº 190, T. 2, p. 137-149, abr./jun. de 2011. P. 139.

¹²⁸ Cf. Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 151.

¹²⁹ Cf. JORGE, Nuno Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 175-208. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 185.

¹³⁰ Cf. GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário (V. I)*. Lisboa: FFMS, 2013. P. 23.

legal, pois o princípio da cooperação não comporta “a virtualidade de transformar a parte real num tipo ideal de parte”¹³¹.

Na vertente dirigida aos tribunais, constata-se com facilidade a reduzida sindicabilidade dos deveres de cooperação impostos. Se o valor essencial é de fácil assimilação, afinal cooperar parece sempre algo bom, os instrumentos nos quais o princípio se desdobra surgem insuficientes e dispersos ao longo do código, e com reduzida carga eficaz¹³².

Apesar da reduzida utilização e eficácia dos institutos conformadores do perfil cooperante de juiz, em grande medida porque mudanças culturais demandam tempo, a convicção no acerto do direcionamento adotado levou o legislador português colocar em segundo plano as desconfianças¹³³ e ampliar os poderes-deveres diretivos e de adequação mediante positivação do princípio da gestão processual, de início pela via experimental, e definitivamente com o CPC de 2013.

2.5. O CPC de 2013 e o juiz gestor

A consolidação da persistente evolução dos poderes-deveres diretivos do juiz deu-se com a edição do CPC de 2013, com a positivação da ideia-valor de gestão. Mas não se pode tratar desse tema sem volver os olhos para o

¹³¹ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 110.

¹³² Tome-se o exemplo seguinte para demonstrar o alegado. O juiz deve prevenir as partes a respeito de insuficiências em suas alegações, mas, caso não o faça, e a parte venha a sofrer consequências pela falha, dificilmente decorrerão consequências processuais. O decreto de nulidade exige demonstração de prejuízo e, mais que isso, nexos causal, algo bastante improvável em casos tais. A vagueza nas hipóteses de incidência dos deveres de cooperação do tribunal, nos casos práticos, tornará difícil o enquadramento, e por isso dificilmente as consequências do descumprimento surgirão. Em sentido em alguma medida diverso doutrinou TEIXEIRA DE SOUSA, que após considerar a cooperação como poder-dever, sem elementos de discricionariedade, identifica nulidade no exemplo dado. Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* Disponível em: https://www.academia.edu/10210886/M._Teixeira_de_sousa_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancia. Acesso em 3.9.2016.

¹³³ Notadamente dos advogados, os quais, em sua maioria, entendem que a) o processo civil é um processo de partes, e o juiz deveria apenas garantir o equilíbrio processual; b) muitos juizes não tem competência gerencial, e por isso os ganhos de eficiência não superam os riscos; ou c) a gestão/adequação poderia ser admitida apenas se houvesse possibilidade recursal ampla, de modo a evitar a ditadura dos tribunais. Conforme entrevistas registradas em GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – factos e números (V. II)*. Lisboa: FFMS, 2013. P. 64-65.

empreendimento normativo experimental iniciado alguns anos antes. Assim, a análise dos poderes diretivos caracterizadores do juiz gestor deve ter início com a exposição do contexto, motivações e instrumentos de um ordenamento experimental criado em 2006, com vigência limitada no tempo e no espaço, o qual inovou ao inserir de forma inédita no processo português a ideia de gestão processual.

Conforme exposto no item anterior, ao menos em teoria a reforma de 1995/96 dotou o sistema processual português de grande flexibilidade procedimental, especialmente pela via da adoção de uma cláusula geral de adequação formal judicial.

A novel categoria jurídica não havia ainda conquistado corações e mentes dos operadores jurídicos quando, cerca de dez anos após seu nascimento, mudança legislativa adveio reafirmando a opção do legislador pelo caminho da flexibilização do procedimento por intermédio de um juiz mais ativo e interventor¹³⁴. O Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho, criou o Regime Processual Civil Experimental (RPCE) com explícito objetivo de “resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal”¹³⁵.

O Conselho de Ministros havia aprovado no ano anterior um plano de ação para descongestionamento dos tribunais, fazendo constar como uma das medidas a ser adotada pelo governo “assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, incluindo a previsão de decisões judiciais que abranjam vários processos”. O foco na litigância de massa – “segmentos que representam uma parte relevante da procura judicial” – contribuiria também para “melhorar a capacidade de resposta do utilizador ocasional do tribunal”¹³⁶.

¹³⁴ Consta da exposição de motivos: “Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização.”

¹³⁵ Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho.

¹³⁶ Cf. Resolução do Conselho de Ministros nº 100, de 30.5.2005. O seguinte excerto bem resume as razões e objetivos do plano governamental. “As medidas e orientações resumidas na presente resolução partem da identificação de factores concretos que concorrem para a actual situação de sobrecarga do sistema e excessiva concentração da procura judiciária. Visam prevenir, eliminar ou reduzir o efeito de causas que induzem ao recurso em massa à intervenção judicial e também actualizar soluções e mecanismos cujo potencial pode ser melhorado”.

A atuação governamental foi movida, em grande medida, por pressões derivadas da opção portuguesa pelo comunitarismo¹³⁷. A adesão ao sonho de uma Europa unida demandou esforços para harmonização em diversas esferas. Os países da comunidade, respeitando as possibilidades e peculiaridades locais, intentaram afastar incompatibilidades nas áreas monetária, fiscal, imigratória e tantas outras, e não poderiam deixar de aspirar uma convergência também no campo da resolução de litígios, notadamente os de natureza comercial.

Nessa seara, o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) explicitou no artigo 81º o objetivo comunitário de promover uma “aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros” de modo a assegurar, entre outros objetivos, “a eliminação dos obstáculos à boa tramitação das acções cíveis” com a promoção de compatibilidade das normas de processo civil¹³⁸.

A doutrina portuguesa registrava os elevados níveis de morosidade¹³⁹, e relatórios elaborados por entidades ligadas à União Europeia apontavam o

¹³⁷ A Constituição Portuguesa de 1976, em sua redação original, havia rejeitado a opção arrogante pelo “orgulhosamente sós”, abraçando o princípio da abertura internacional no art. 7º. Reforma constitucional operada em 1992, em especial para acolher constitucionalmente o Tratado de Maastricht, consagrou a opção portuguesa pela construção da União Europeia, mediante concessão de parcela da soberania, conforme se depreende da leitura do item 6 inserto no artigo 7º da carta Magna: “6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. P. 365.

¹³⁸ Artigo 81º (ex-artigo 65º TCE) 1. A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adopção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. 2. Para efeitos do nº 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar: a) O reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respectiva execução; b) A citação e notificação transfronteiriça dos actos judiciais e extrajudiciais; c) A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição; d) A cooperação em matéria de obtenção de meios de prova; e) O acesso efectivo à justiça; f) A eliminação dos obstáculos à boa tramitação das acções cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros (...).

¹³⁹ Após analisar dados de processos cíveis distribuídos entre 1996 e 2004 PEDROSO registrou que “o número de processos pendentes no sistema cresceu consistentemente e quase duplicou”, fato que atestava a “incapacidade estrutural dos tribunais judiciais portugueses”. Cf. PEDROSO, João. *A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) – contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de*

sistema processual português como deficiente, em comparação com outros países da comunidade, no que tange a taxas de congestionamento, apesar do número de juízes e procuradores acima da média, bem como índices baixos de confiança na justiça¹⁴⁰.

A atuação do Estado Português em sede de aperfeiçoamento legislativo, conforme se vê, sofreu influências não desprezíveis dos órgãos internacionais, em especial os comunitários¹⁴¹, com resultados positivos em diversas áreas¹⁴².

justiça. Scientia Iuridica, Braga: Universidade do Minho, T. LV, nº 306, p. 263-302, 2006. P. 268.

¹⁴⁰ Lamentavelmente, em termos comparativos a situação ainda não se alterou, consoante relatou HOMEM, António Pedro Barbas. Introdução breve. In: *O juiz presidente e a gestão processual*. P. 3-5. Lisboa: CEJ, 2014. Ainda nesse sentido, registre-se recomendação do Conselho da União Europeia a Portugal datada de julho deste ano: “Há margem para reforçar as medidas destinadas a aumentar a eficiência e a qualidade do sistema judicial, nomeadamente no que diz respeito à avaliação das atividades dos tribunais e à utilização de meios eletrónicos, bem como à realização de inquéritos junto dos utentes dos tribunais ou de profissionais de justiça. De acordo com o Painel da Justiça na UE de 2015, os processos em instância cível e comercial continuam a ser morosos (386 dias). O número de ações executivas continua a diminuir ligeiramente, mas os prazos de recuperação continuam a ser longos (1.045 dias em 2014).” Cf. RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO de 14 de julho de 2015 relativa ao Programa Nacional de Reformas para 2015 de Portugal e que formula um Parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade para 2015 de Portugal (2015/C 272/25), publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 18.8.2015. Disponível em www.ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_council_portugal_pt.pdf. Acesso em 15.6.2016.

¹⁴¹ Demonstra essa influência a assinatura em 17 de maio de 2011 de memorando de entendimento entre o Estado Português, o FMI, a Comissão Europeia e o Banco Central europeu (cujos representantes ficaram conhecidos como a Troika). O protocolo de entendimento ficou conhecido como Memorando da Troika e foi firmado como condição para o recebimento de auxílio financeiro, diante da iminência de ruptura de pagamentos. Dentre diversas medidas impostas, destacam-se o compromisso para o alargamento do RPCE a quatro outros tribunais (item 7.9), avaliação da possibilidade de aplicação do RPCE a todos os tribunais (item 7.10) e revisão do CPC até o final de 2011 para, entre outras medidas de aperfeiçoamento, atribuição de mais poderes aos juízes “para despachar processos de forma mais célere” (item 7.13, *iii*). Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 29-31. Cf. ainda Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical dos Juízes Portugueses sobre a Proposta da Comissão de Revisão do Processo Civil, fev. 2012. Disponível em www.elearning.cej.mj.pt/file.php/27/revisao/Parecer_aspj.pdf. Acesso em 7.7.15.

¹⁴² Registrou recentemente a Comissão Europeia expressivos progressos em diversas áreas. “Globalmente, Portugal registou alguns progressos na implementação das recomendações específicas por país de 2014. Foram tomadas medidas decisivas para estabilizar o setor financeiro e para reformar o enquadramento da insolvência e reestruturação das empresas. Foram intensificadas as políticas ativas do mercado de trabalho. A apreciação das reformas recentemente introduzidas a nível da negociação coletiva é ambivalente uma vez que nem todas promovem o alinhamento dos salários pela produtividade a nível das empresas. Não se realizaram progressos no reforço da assistência social, nomeadamente o sistema do rendimento mínimo. O ensino e a formação foram alvo de importantes reformas, cuja implementação é agora crucial para demonstrar a respetiva eficácia na melhoria dos resultados dos estudantes. As indústrias de rede defrontam-se ainda com desafios em termos de eficiência e sustentabilidade. As reformas dos mercados da habitação, dos produtos e dos serviços acusam atrasos, em especial no que toca à plena implementação da Diretiva Serviços. Apesar de o enquadramento concorrencial e regulamentar ter vindo a melhorar, foram poucos

Certo é que, em matéria processual civil, os planos governamentais implicaram significativas evoluções, notadamente no tema objeto desta investigação.

Em decorrência do plano de ação para descongestionamento dos tribunais acima citado, a pretexto de instituir um procedimento específico para as demandas de massa em verdade o legislador findou por estabelecer, em “excesso de mandato”, um regime comum unificado não direcionado especificamente a lides padronizadas e repetitivas¹⁴³. Com efeito, a leitura do plano governamental sugere uma medida diversa da adotada, pois não foram ao final estabelecidas distinções em razão de peculiaridades do litígio, mas tão-somente delimitação do âmbito de aplicação mediante referências a determinados tribunais a serem especificados por portaria do Ministro da Justiça, dentre “os que apresentem elevada movimentação processual”¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

O RPCE surgiu como ousada tentativa, incorporou novidades profundas na disciplina de parcela dos processos cíveis ajuizados a partir da data de sua entrada em vigor, em 16 de outubro de 2006.

os progressos efetuados na redução dos atrasos no pagamento das dívidas comerciais pela administração. Foram realizados alguns progressos no sentido de aumentar a transparência da adjudicação de contratos públicos e do sistema judicial.” Cf. Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão: relatório relativo a Portugal 2015. Disponível em www.ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/cr2015_portugal_pt.pdf. Acesso em 14.9.2015.

¹⁴³ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 9.

¹⁴⁴ O “excesso de mandato” foi também identificado por Geraldês. “Ou seja, com base numa ideia que visava apenas uma nova regulamentação das acções massificadas, de natureza repetitiva, com baixa litigiosidade, que, assim, poderiam ser tramitadas e decididas com relativa simplicidade, passa-se para a aplicação do novo regime a acções de qualquer natureza, desde que sigam a forma do processo comum, podendo, assim, envolver tanto acções de dívidas decorrentes de contratos como acções de paternidade, de reivindicação, de impugnação pauliana, de anulação de deliberações sociais, de preferência ou de acidente de viação, *independentemente do grau de litigiosidade e complexidade*” (grifei). GERALDES, António Santos Abrantes. Processo especial experimental e litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 153-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 163-164. No mesmo sentido, e ainda com mais ênfase, Lameiras rotula o RPCE de “supreendente” tendo em vista que “a pretexto – além do mais – de assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, o que o diploma faz verdadeiramente é revolucionar a disciplina das acções declarativas cíveis”. Cf. LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 9-10. Ainda na mesma linha cf. FREITAS, José Lebre de. Experiência-piloto de um novo processo civil. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 209-223. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 222.

¹⁴⁵ Artigo 21º (Aplicação no espaço) 1. O presente decreto-lei aplica-se nos tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça. 2. Os tribunais a que se refere o número anterior devem ser escolhidos de entre os que apresentem elevada movimentação processual, atendendo aos objetos de acção predominantes e actividades económicas dos litigantes.

Criou-se um regime experimental, assim expressamente designado pelo legislador, fincado em procedimento mais simples e flexível, dotado de mecanismos voltados a promover a resolução dos litígios com mais rapidez, eficiência e justiça¹⁴⁶, embora não destinado a substituir de pronto o regime vigente, porquanto posto a vigorar apenas em número limitado de comarcas e por período limitado no tempo.

A lei não explicitou propriamente um prazo de vigência, mas de forma implícita o afirmou, na medida em que o diploma denominou-se experimental, estipulou na redação original do art. 20 “avaliação legislativa através dos serviços do Ministério da Justiça” e previu revisão legislativa “no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor”. De modo a deixar clara a continuidade da vigência e das avaliações, após o transcurso do prazo de dois anos, foi o dispositivo alterado pelo Decreto-Lei nº 187/2008, de 23 de setembro. Assim, o que era experimental com prazo certo tornou-se experimental com prazo indeterminado.

O legislador pretendeu testar o novo regime em parcela das unidades jurisdicionais¹⁴⁷, almejando aperfeiçoamento e, em seguida, “alargamento do âmbito de aplicação”¹⁴⁸.

A técnica experimental portuguesa não foi inédita. Sob influência de FRITZ BAUR, a Alemanha utilizou-se com sucesso na década de 70 de um regime experimental centrado na ideia de um procedimento dirigido à resolução de processos “em uma única e bem preparada audiência principal”. A disciplina experimental ficou conhecida como Modelo de Stuttgart e atualmente se afigura uma tendência, já adotada em reformas na Espanha e Inglaterra¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cf. preâmbulo do DL nº 180/06.

¹⁴⁷ Portaria do Ministro da Justiça nº 955/2006, de 13 de setembro, limitou a aplicação do RPCE aos Juízos de Competência Especializada do Tribunal da Comarca de Almada, Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de Pequena Instância Cível do Tribunal da Comarca do Porto e Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Seixal. Portaria nº 115-C/2011, de 24 de março, após registro do êxito da aplicação das regras de simplificação nas comarcas originalmente escolhidas, estendeu o regime para juízos cíveis dos Tribunais de Leiria, Portimão, Évora, Viseu, Barreiro, Matosinhos e Porto. Não obstante, mediante Portaria nº 265/2011, de 14 de setembro, a medida extensiva foi revogada, diante da iminência da reforma do CPC.

¹⁴⁸ A previsão de contínua revisão para possível alargamento consta da exposição de motivos.

¹⁴⁹ Cf. STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. *Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais*. Revista de Processo, nº 200, ano 36, p. 203-234, 2011. P. 216.

O caráter experimental do regime foi acoimado de inconstitucional, e o Tribunal Constitucional português foi chamado a dizer sobre possível violação ao princípio da isonomia. A corte em paradigmática decisão acolheu a constitucionalidade de regimes experimentais numa perspectiva genérica¹⁵⁰ – dizendo-a “uma lei como as outras” – e, no caso específico, entendeu que a escolha de apenas alguns tribunais para vigência de um procedimento que se pretendia expandir posteriormente não se mostrava arbitrária e nem feria a isonomia¹⁵¹.

Transborda os limites desta investigação o trato minucioso de todos os inovadores instrumentos processuais do RPCE. Justifica-se registrar que, ao fim de sucessivas avaliações¹⁵², alguns instrumentos foram abandonados¹⁵³, outros serviram de inspiração para novas soluções¹⁵⁴, e outros ainda, como o

¹⁵⁰ Acórdão TC nº 69/2008 descreveu com precisão a necessidade de tais regimes em certas situações: “Com efeito, a ‘normação experimental’ pressupõe antes do mais um legislador indeciso, ou ao qual faltam certezas quanto à regulação definitiva a adoptar para o cumprimento de certas políticas públicas ou para a disciplina de certos domínios da vida colectiva. Ao invés, por isso, de esperar que a adequação do direito às realidades se faça, na continuidade, pela jurisprudência, ou na descontinuidade, por reformas legislativas sucessivas – como sucede com o método, chamemos-lhe assim, ‘clássico’ de normação –, o ‘legislador experimental’ testa ou ensaia primeiro, num espaço e num tempo limitados, a aplicação e os efeitos da aplicação das suas normas, a fim de evitar os riscos que, em situações de elevado grau de incerteza quanto aos efeitos de certa regulação, geraria porventura a adopção de sistemas normativos definitivos.”.

¹⁵¹ “É certo que desta *ratio* resultam diferenças de tratamento entre as pessoas” que “não são nem absurdas nem arbitrárias: encontrou-se para elas uma razão de ser, um fundamento inteligível, e esse não foi outro que a ‘natureza experimental’ do novo regime de processo civil”, pois se compreende que, “à luz desta razão, se não pudessem escolher todos os tribunais que apresentassem elevada movimentação processual, mas apenas alguns deles”. Cf. Acórdão TC nº 69/2008.

¹⁵² Avaliações podem ser consultadas no sítio da Direção-Geral de Política de Justiça, em www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/rpce/regime-processual-civil/.

¹⁵³ Assim a agregação de acções, prevista no art. 6º, como alternativa à apensação prevista no art. 275º do CPC revogado. A apensação foi renovada e reproduzida no art. 267º do CPC em vigor, enquanto a agregação do RPCE foi abandonada. Para uma distinção dos regimes, com forte crítica à agregação, cf. LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 44-56.

¹⁵⁴ A inovadora “convolação não homogénea da providência cautelar em acção principal”, prevista no art. 16º, serviu de inspiração à solução consagrada no art. 369º do CPC 2013. Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 227-232. Para aprofundado estudo da norma ainda na roupagem dada pelo RPCE cf. PINTO, Rui. Critérios judiciais de convolação não homogénea pelo art. 16º do Regime Processual Experimental Civil. In: PINTO, Rui (org.). *Colectânea de estudos de processo civil*. P. 27-68. Coimbra: Coimbra, 2013. Lado outro, também a inovadora restrição aos casos em que se admite resposta à contestação (RPCE, art. 8º, nº2) foi acolhida no CPC de 2013 (art. 584).

poder-dever de gestão processual, foram anos depois incorporados ao novo Código de Processo Civil¹⁵⁵.

O poder-dever de gestão processual foi previsto no art. 2º do diploma. Ordenou-se ao juiz a direção do processo com dever de, em rol exemplificativo, “a) adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; b) garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório; e c) adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei”.

A gestão se fez operar por meio de “normas-ferramenta”, especialmente veiculadas para habilitarem o juiz a temperar e mitigar o formalismo processual, de modo a obter melhoria na organização dos trabalhos judiciais e dirigir o processo aos seus fins últimos¹⁵⁶.

Por conseguinte, e sob perspectiva análoga, a ampliação dos poderes diretivos do juiz teve por objetivo a obtenção de ganhos de eficiência no trilhar do caminho para a “rápida¹⁵⁷ e justa resolução do litígio”, mediante atuação proativa do juiz – “direção activa e dinâmica do processo”¹⁵⁸. Trata-se da própria alma do RPCE, “a matriz do regime”, “cuja inovação fundamental se traduz no afastamento da tradicional tipicidade legal das formas do processo”¹⁵⁹.

Começava a germinar a ideia do juiz como gestor do processo, com clara inspiração nos poderes de *case management* característicos do processo anglo-americano¹⁶⁰. Novos modelos de gestão pública impactaram também o poder judiciário, com tendência para o afastamento de uma administração

¹⁵⁵ A despeito das estatísticas pouco encorajadoras a respeito da eficácia da gestão criada experimentalmente. Cf. SILVA, Paula Costa e. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 48, nº 190, T. 2, p. 137-149, abr./jun. de 2011. P. 144.

¹⁵⁶ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 22.

¹⁵⁷ RICARDO destaca a celeridade processual como preocupação essencial do RPCE. Cf. RICARDO, Luís Carvalho. *Regime Processual Civil Experimental anotado e comentado*. Braga: CEJUR, 2007. P. 11.

¹⁵⁸ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 21.

¹⁵⁹ Cf. LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 29.

¹⁶⁰ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu. *Novos rumos da justiça cível*. BRITO, Rita (coord.). P. 7-28. Braga: CEJUR, 2009. P. 20.

burocrática e ineficiente, com vistas à implementação de uma gestão com redefinição das estruturas, foco nos utentes dos serviços e fortemente controlável por indicadores de performance¹⁶¹.

Superando o ceticismo¹⁶² e incompreensões doutrinárias¹⁶³, após sete anos de vigência o poder-dever de gestão chegou ao CPC de 2013.

Aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, surgiu o CPC de 2013 de modo apressado. Apontou LOPES DO REGO, um dos membros da comissão reformadora, que havia uma preferência pela elaboração de “um novo CPC”, abandonada em virtude da “existência de autênticos prazos peremptórios” decorrentes de memorando de entendimento firmado pelo Estado Português como condição para a concessão de assistência financeira por organismos internacionais. Em virtude da pressa, optou-se, mais uma vez, pelo enxerto de alterações substanciais no corpo da norma velha¹⁶⁴.

A despeito da pressa, em seu conteúdo consagrou a norma nova importantes avanços¹⁶⁵, embora tenha recebido também acesas críticas¹⁶⁶, como sói acontecer quando da edição de diplomas tão importantes e extensos.

No tocante aos poderes-deveres diretivos do juiz, consagra o CPC de 2013 um momento de consolidação. A evolução experimentada nas sucessivas reformas iniciadas há quase um século, tendentes ao aumento e conformação

¹⁶¹ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 117.

¹⁶² Bem ilustra o ceticismo existente o excerto do texto de ISABEL ALEXANDRE no qual após algumas considerações acerca de dificuldades conceituais e operacionais sustenta que “todos estes factores parecem condenar ao insucesso o estudo dogmático da figura da gestão processual, que, entre nós, parece não passar de uma espécie de tema da moda, que não se sabe exactamente o que é, para que serve e por que motivo entrou na discussão”. Cf. ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013. P. 89.

¹⁶³ FARIA e LOUREIRO registraram como ideias equivocadas que “foram caindo pelo caminho”: “o aumento de poderes do juiz à custa dos poderes processuais da partes” e “o aumento dos poderes instrutórios do juiz”. Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 47.

¹⁶⁴ Cf. REGO, Carlos Francisco Lopes do. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de acção declarativa*. Julgar, nº 16, p. 99-129, 2012.

¹⁶⁵ Para análise positiva, cf. CORREIA, João. As linhas orientadoras da reforma do processo civil. In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 51-57. CEJ, dez. 2013.

¹⁶⁶ Para crítica acentuada cfr. RAMOS, José Luís Bonifácio. “Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Vol. I. P. 917-956. Coimbra: Coimbra, 2013.

constitucional dos poderes-deveres do juiz, encontrou um ponto de condensação na ideia mais densa e moderna de gestão, a qual passou a abranger, como instrumentos, os poderes-deveres diretivos e de adequação formal, em harmônica integração.

A consolidação referida se reflete na estrutura do texto legal. Sob epígrafe “dever de gestão processual”, em artigo dividido em dois itens, o legislador reformista fez constar no CPC de 2013 texto que na lei anterior tinha por epígrafe “poder de direção do processo e princípio do inquisitório”, com singelas variações redacionais¹⁶⁷ e agregado a elementos caracterizadores do poder-dever de gestão trasladados do art. 2º da lei instituidora do RPCE, no qual se fundamenta o poder-dever de adequação formal.

O citado art. 6º incorporou ainda expressa ordem ao juiz para “dirigir ativamente o processo”, em reforço legislativo de elemento nuclear dos processos de natureza publicística, a revelar indisfarçável influência de ALBERTO DOS REIS. Se o mestre de Coimbra já nos deixou no plano físico, no campo das ideias ainda se faz muito presente. Elenca-se entre suas mais basilares lições o imperativo do ordenamento processual “assinar ao juiz um papel activo, uma intervenção directa e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo”¹⁶⁸, e desta linha a lei nova é tributária.

O juiz havido desta inovação deve ser denominado juiz gestor, ao qual se atribui abrangentes poderes-deveres, enunciados em eloquente localização no art. 6º. Espera-se dele uma capacidade singular de manejar um grande número de conceitos jurídicos indeterminados veiculadores de objetivos mediatos e imediatos só perfeitamente identificáveis à luz do caso concreto. O juiz gestor se apresenta como agente regulador na equação processual, que deixa de esperar passivo por soluções legislativas milagrosas, assume a

¹⁶⁷ Artigo 6º (Dever de gestão processual) 1. Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2. O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

¹⁶⁸ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 208.

responsabilidade pela boa gestão dos processos e passa a atuar para remover as travas causadoras de congestionamentos processuais e compor os litígios em tempo razoável¹⁶⁹.

No desempenho de sua missão o gestor dispõe de ferramentas gerenciais, notadamente instrutórias e diretivas. Dentre as diretivas, destaca-se a adequação formal judicial, objeto central da investigação.

3. CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA GERAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL JUDICIAL

3.1. Método e perspectivas

Polissemia e dissenso são o que há de constante quando do estudo dos conceitos de processo, procedimento e forma. Para além de um núcleo semântico comum às diversas teorias, as variações de entendimento, em significativa magnitude, justificam um tratamento prévio destas categorias jurídicas.

Sobre bases teóricas¹⁷⁰ sólidas será possível apresentar um contributo para a elucidação dos tantos pontos controversos e ainda não estabilizados da disciplina da adequação formal judicial.

3.2. Processo e procedimento em suas interações conceituais e funcionais

Em maior ou menor intensidade a concepção de que os atos sequenciais necessários à demanda e entrega do provimento jurisdicional devem conter

¹⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. P. 171-186. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 182-183.

¹⁷⁰ "Theory is the most important part of the dogma of the law, as the architect is the most important man who takes part in the building of a house." Cf. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. Disponível em: www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt. Acesso em 10.8.2016.

requisitos mínimos – forma – sempre existiu. Pode-se dizer que esta ideia é inerente e indissociável a própria noção e função de procedimento, e esta categoria jurídica, por sua vez, não pode ser entendida sem que se tenha uma compreensão de fenômeno mais amplo – o processo –, com o qual se liga em indissociável interação conceitual e funcional¹⁷¹.

Em sendo assim, antes da análise do fenômeno formalista, no qual se encontram inseridas as possibilidades de direção do processo e adequação formal, indispensável se faz breve análise e delimitação conceitual dos fenômenos centrais da teoria processual, continentes do formalismo processual.

Ao longo da história muitas foram as teorias elaboradas na tentativa de explicar o fenômeno processual. Não obstante, ainda em nossos dias, grassa profunda divergência doutrinária.

De início, pensou-se o processo como um contrato. A *litiscontestatio* típica do ordenamento romano vincularia as partes no processo no mesmo plano e com a mesma *ratio* do liame estabelecido inconscientemente pelos cidadãos no pacto social russoniano¹⁷².

Diante da fragilidade evidente dessa teoria, tendo em vista a ausência de voluntariedade das partes no tocante à sujeição ao poder de império, tentou-se explicar o processo como um quase-contrato, partindo da equivocada premissa de que a categoria jurídica haveria de encontrar enquadramento na seara do direito privado. Essa teoria não logrou grande adesão, porquanto eivada dos mesmos vícios e fraquezas do entendimento cujo superação pretendia¹⁷³.

A insipiente compreensão do fenômeno perdurou até meados do século XIX. Nessa fase pré-científica dos estudos do direito processual vigorava uma

¹⁷¹ “Ao processo é conatural um certo formalismo”, pois “não se pode pensar um processo sem um procedimento”, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 36.

¹⁷² Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 299.

¹⁷³ Em raciocínio por eliminação, “partindo da base de que o juízo não é contrato, nem delito, nem quase-delito”, (...) analisadas as fontes das obrigações”, aceitava-se, por descarte, a “menos imperfeita”. Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: conceito Editorial, 2008. P. 68-69.

identificação entre as noções de processo e procedimento¹⁷⁴. Quando a relação privada se fazia litigiosa surgia a necessidade da prática de atos tendentes à concretização do direito tornado litigioso. O direito de ação era imanente ao direito material, em concepção sincrética. O processo consistia mera consequência lógica do litígio: era tão-somente um rito, mera sequência de atos destinada à aplicação do direito material violado¹⁷⁵.

O caráter público do processo foi evidenciado a partir dos estudos de OSKAR BÜLLOW, centrados no conceito de relação jurídica processual¹⁷⁶, categoria distinta das relações de direito material subjacentes¹⁷⁷, dando início aos estudos verdadeiramente científicos do processo. Seguiu-se o desenvolvimento dos dois conceitos – processo e procedimento –, em elaboração teórica fruto da necessidade e busca por clareza doutrinária. Referidos fenômenos, que sempre existiram no mundo jurídico, passaram a ser extremados na doutrina¹⁷⁸.

O procedimento foi relegado a plano inferior, mera sequência de atos, aspecto meramente externo do processo – tão-somente forma despida de valor. Nessa conhecida história da independência da relação processual e proscrição científica do procedimento, aquele, o processo, situava-se fora e acima do procedimento, estruturados os institutos em completa independência conceitual e funcional¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 116.

¹⁷⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 389.

¹⁷⁶ De acordo com BRAGA “a ideia de uma relação jurídica processual fora inicialmente concebida por Hegel e invocada, posteriormente, por Bethmann-Holweg. Mas foi Oskar Büllow quem, de fato, levou adiante, essa concepção”. Cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição da competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 122.

¹⁷⁷ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 84.

¹⁷⁸ De acordo com FAZZALARI, “somente ontem o processo recebeu um significado próprio (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo mais adiante) e se revelou em toda a sua potencialidade de emprego.” Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 112. Registrou ainda o autor em 1975: “a concepção e o emprego dos dois esquemas e dos dois termos estão muito atrasados” (op. cit., p. 110). Diante do desenvolvimento dos estudos e da importância dada atualmente ao procedimento, em boa medida a partir da obra citada, e em grande conta em virtude das ideias de “legitimação pelo procedimento” desenvolvidas por LUHMANN, é pouco provável que a assertiva hoje possa ser tida como válida.

¹⁷⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 126.

O processo tornou-se elemento central da nova vertente do direito, enucleado pela noção de relação jurídica processual, e por muitas décadas o fenômeno *processo* se organizou na maioria doutrina em torno da teoria da relação jurídica processual, conforme bem anotou FAZZALARI¹⁸⁰.

A esta forma de pensar alinhou-se CHIOVENDA. Após referenciar o processo como “sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei”, conclui ser o processo também “uma unidade jurídica, uma empresa jurídica, uma relação jurídica”¹⁸¹.

Não obstante a importância da relação jurídica processual na doutrina, certo é que não se logrou alcançar consenso em torno do conceito de processo, pois outras teorias surgiram para explicar o fenômeno, as quais, se não negavam a existência de relação jurídica processual, perspectivaram o fenômeno processual com foco primordial em outras categorias jurídicas.

Alguns, como CARNELUTTI, em corrente minoritária, seguiram conceituando o processo sob viés procedimental. Para o italiano o processo seria um método para aplicação do direito, um conjunto de atos dirigidos à formação ou aplicação dos mandamentos jurídicos¹⁸².

Outros, partindo da crítica à teoria da relação jurídica processual, centraram suas explicações nos conceitos de situação jurídica e instituição jurídica. Lograram avanços em conceitos e mostraram novas perspectivas, mas não obtiveram significativa adesão¹⁸³.

¹⁸⁰ Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 111.

¹⁸¹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 72 e 77.

¹⁸² Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. P. 21-22.

¹⁸³ De acordo com a doutrina da situação jurídica, formulada por GOLDSCHMIDT, o processo “não é relação, mas situação, ou seja, é o estado de uma pessoa sob o ponto de vista da sentença judicial, a qual é esperada de acordo com as normas jurídicas”. Por seu turno sustenta a doutrina formulada por GUASP que o processo é, tanto quanto outras instituições de direito privado como a família e a associação, “uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição”. Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: conceito Editorial, 2008. P. 70-74. Para explanação ainda mais aprofundada acerca das teorias críticas ao conceito de relação jurídica processual cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. P. 81-101.

Relegado à penumbra após o desenvolvimento da teoria da relação jurídica processual, o procedimento voltou renovado à cena processual no último quarto do século XX¹⁸⁴, especialmente, mas não exclusivamente, em virtude das contribuições de FAZZALARI¹⁸⁵ e LUHMANN¹⁸⁶.

A doutrina luhmanniana promoveu um resgate da racionalidade procedimental na interseção da filosofia política com a teoria do direito¹⁸⁷, relacionando os conceitos de legitimidade¹⁸⁸ e procedimento¹⁸⁹. Para LUHMANN os procedimentos revelam-se fundamentais para a jurisdição na medida em que desviam e amortizam frustrações, estabilizando as expectativas de comportamento quando das desilusões inevitáveis do processo, por tal modo assegurando a paz e continuidade estrutural do sistema social¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

¹⁸⁴ GONÇAVES, embora destaque a obra de FAZZALARI no que chama de “renovação” do conceito de procedimento, anota o início desse movimento em momento bem anterior, na obra de REDENTI. Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. P. 103-105. Com razão, pois os “módulos legais” de REDENTI realçam o papel do procedimento da definição do fenômeno processual. Cf. REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. T. I. Trad. Sentís Melendo e Marino Redín. Buenos Aires: EJE, 1957. P. 87 e ss.

¹⁸⁵ Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

¹⁸⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da C. Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

¹⁸⁷ Cf. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas*. Revista de Informação Legislativa, ano 38, nº 180, p. 99-120, abr./jun. de 2001. P. 101.

¹⁸⁸ Definida como “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.” Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da C. Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. P. 30.

¹⁸⁹ O modo como a o procedimento promove aceitação foi bem ilustrado por SILVA, com referências à obra de LUHMANN citada nesta investigação. Transcrevo: “a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. A parte que insistir em sua expectativa decepcionada terminará pagando um preço muito alto, por isso se vê forçada a ceder. ‘Nesse sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis’ (Luhmann, 1980: 4). É que a decisão judicial tem por características de legitimação: a função de absorver e reduzir as inseguranças; conduzir à segurança, devido à certeza de que uma decisão ocorrerá; legitima-se pelo procedimento (ilusão funcional); baseia-se na ficção de que pode haver decepção rebelde, só que de fato esta não se realiza.” Cf. SILVA, Artur Stamford da. *As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmann*. Revista da Esmape, v. 3, nº 7, p. 43–66, jan./jun. de 1998.

¹⁹⁰ Cf. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 38, nº 180, abr./jun. 2001, p. 99-120. P. 105.

¹⁹¹ Para uma crítica incisiva à visão luhmanniana cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 105.

A ideia da legitimação pelo procedimento encontra ampla adesão hodiernamente, mesmo fora do campo jurisdicional, tendo em vista que promove uma inserção do sistema processual na ordem constitucional e contribui para a aceitabilidade social da jurisdição¹⁹².

Mais vocacionada aos estudos especificamente processuais, a obra de FAZZALARI provocou impacto ainda maior. Publicada originalmente em 1975, definitivamente impulsionou uma reabilitação do procedimento na teoria processual, nomeadamente mediante seu retorno ao conceito de processo, de onde fora praticamente banido a partir da consagração da teoria da relação jurídica processual¹⁹³.

No entendimento de FAZZALARI há processo quando estabelecido procedimento em paritário contraditório¹⁹⁴. Essa fórmula simples na exposição, mas repleta de significado e consequências, teve a pretensão primordial de aplicabilidade aos processos perante órgãos estatais, mas reconhecia explicitamente também sua validade para a esfera privada¹⁹⁵.

O processo é, para o italiano, espécie do gênero procedimento. Começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase de preparação deste, ou seja, no procedimento. E se esse procedimento se realiza mediante paritária participação – contraditório – agrega-se um predicado que qualifica esse específico procedimento como processo¹⁹⁶.

Outra importante concepção de processo, a qual pode ser relacionada no rol dos estudos que contribuiram para a redenção do procedimento, foi elaborada por PAULA COSTA E SILVA. Após constatar que o processo, porquanto realidade dinâmica, não poderia se configurar como situação jurídica

¹⁹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 126.

¹⁹³ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 306.

¹⁹⁴ “Existe, em resumo, o ‘processo’ quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar”. Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 120.

¹⁹⁵ Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 37-41. Para aprofundado estudo cf. BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁹⁶ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. P. 113.

(realidade estática), assentou a necessidade de enquadramento na categoria dos fatos jurídicos e, dentre estes, como ato-procedimento. Seria o processo, por conseguinte, “um facto que se decompõe numa série de outros factos”, agregados os atos preparatórios finalisticamente “porque visam produzir um dado efeito, que adere tipicamente ao último acto da sequência” – o provimento final¹⁹⁷.

Outras concepções de processo, com sutis variações acerca da importância dada ao procedimento, podem ser identificadas na doutrina¹⁹⁸, havendo até quem defenda, nos dias atuais, a identidade entre os conceitos de processo e procedimento¹⁹⁹.

A despeito da dispersão doutrinária sobre os conceitos (em sentido estático e relacional) de processo e procedimento, para os fins desta investigação acolhe-se a concepção adotada por DINAMARCO, em explícito desenvolvimento das ideias de LIEBMAN²⁰⁰.

Segundo o professor paulista o processo é entidade complexa, integrada por dois elementos associados – procedimento e relação jurídica. De modo mais analítico é “série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres e ônus”²⁰¹.

¹⁹⁷ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 99-102.

¹⁹⁸ Transborda os limites desta investigação análise mais aprofundada, a qual pode ser encontrada em BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição da competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 105-117.

¹⁹⁹ Ao contrário do que possa sugerir à primeira vista, não há, neste entendimento, retorno às origens sincréticas oitocentistas. Segundo BRAGA, “o que se pode concluir é que processo é procedimento”, pois “não há nada do processo/procedimento, sobretudo o jurisdicional, que possa ser útil e legitimamente realizado sem atenção ao contraditório”. Cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição da competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 160-161. No mesmo sentido cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012. P. 71. A conclusão é tomada especialmente em face do direito brasileiro, no qual o contraditório é assegurado de forma amplíssima “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” (Constituição Federal, art. 5º, inc. LV). Não há neste entendimento, por conseguinte, retorno às origens oitocentistas.

²⁰⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 62.

²⁰¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, V. II. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 25.

O procedimento se apresenta, nessa perspectiva, como elemento visível, sua face extrínseca, e engloba a caminhada avante que caracteriza o processo. Impende registrar ainda a completude das concepções de DINAMARCO, justificadoras da preferência, na medida em que incorporam, ao lado do *procedimento*, o *aspecto teleológico* – atos estruturados para uma tutela justa –, bem como as *relações jurídicas* havidas no processo.

A justiça da tutela a ser prestada pela via do processo confere permeabilidade e adequação constitucional ao conceito. O acesso à justiça prometido nas cartas políticas, a se concretizar pela via do processo, se realiza apenas e tão-somente se a decisão conferida se mostrar adequada ao direito material, assentada em três critérios: a) correta escolha da regra e princípios aplicáveis ao caso; b) correta verificação dos fatos; e c) procedimento congruente com as normas imanentes ao processo equitativo²⁰².

A referência às relações jurídicas processuais, por seu turno, se faz em reconhecimento a uma realidade: elas representam a alma do processo. A sequência de atos componentes do procedimento não pode ser explicada sem uma referência aos poderes, deveres, ônus e sujeições que caracterizam as sucessivas situações jurídicas ativas e passivas encadeadas no iter procedimental.

Consoante ensina DINAMARCO, “cada ato é realizado porque o sujeito pode ou deve realizá-lo; cada ato realizado cria uma nova situação jurídica ativa ou passiva, que por sua vez autoriza ou induz a prática de novo ato; a realização do novo ato jurídico autorizado ou exigido dá vida a uma nova situação jurídica – e, assim, desde o início do processo até o seu fim, mediante sentença que o juiz proferirá ou entrega do bem. Tal é a dinâmica do processo em sua dupla feição de procedimento e relação jurídica processual”.²⁰³

²⁰² Conforme lições de BOTELHO, com suporte no magistério de TARUFFO. Cf. BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, V. II. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 26-27.

Como elementos integrantes de uma mesma e realidade – o processo –, nem a relação jurídica nem o procedimento tem vida própria fora deste contexto²⁰⁴.

Nessa perspectiva, interessa assentar para os fins dessa investigação uma *dimensão integrada do procedimento*. A sequência de atos encadeados será submetida à direção do juiz, em maior ou menor medida, mas sempre levando em consideração o primordial escopo de obtenção da tutela justa e com respeito às situações jurídicas sucessivamente configuradas pela relação jurídica processual estabelecida em lei.

Por conseguinte, procedimento é forma, mas forma orientada. E é também veículo de situações jurídicas, pois em toda disciplina de ato processual do encadeamento existe uma regência, direta ou indireta, de situações jurídicas dos intervenientes no processo.

No bojo dessa dimensão integrada, ora defendida, interessa destacar um dos elementos fundantes do procedimento – a forma.

3.3. O formalismo e os sistemas procedimentais classificados conforme o grau de rigidez formal

3.3.1. Do formalismo

Restou demonstrado que não há processo sem procedimento. Propõe-se doravante tratar de um dos elementos centrais do procedimento, a forma, em sua conotação singular ou agregada ao sufixo “ismo”²⁰⁵ – formalismo – termo a denotar construção teórica enucleada por aspectos formais do procedimento.

O formalismo, na conotação que se pretende aqui dar ao termo, prende-se não só ao conceito de processo mas, de modo ainda mais amplo, à própria

²⁰⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, V. II. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 31.

²⁰⁵ Derivado do grego, agrega-se ao radical para representar escola, doutrina ou princípio artístico, filosófico, político ou religioso. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., rev. e aum., 39ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. P. 972.

ideia de ordenamento jurídico. Direito, dentre tantas perspectivas, sempre foi instrumento de contenção de poder; elemento de estruturação e controle social²⁰⁶. É dizer: direito sempre esteve ligado a noção de ordem, estabilidade e, por conseguinte, forma²⁰⁷.

Não por outra razão Chiovenda, em lições proferidas há mais de um século, afirmou preferir estabelecer como axioma a necessidade de regular a atuação do direito, mediante estabelecimento de formalidades, que utilizar muitas palavras para demonstrá-la²⁰⁸.

Necessário, contudo, ir além, de modo a precisar conceitos e interações entre as categorias processuais.

Mesmo quando se restringe a análise apenas ao território jurídico, afastadas as concepções puramente filosóficas²⁰⁹, assume a expressão “formalismo” significados variados e multiformes²¹⁰.

Pode designar a) uma concepção de teoria da justiça, onde justo se identifica com o legal; b) uma concepção teórica do ordenamento jurídico na qual o direito se mostra como forma (constante em regra) em relação a um conteúdo (variável em regra), com predominante significância para a forma e não a matéria de regulação, desimportantes os conteúdos e valores implicados²¹¹; c) determinado modo de conceber a experiência jurídica na qual o objeto central são as qualificações jurídicas dos fatos, e não os fatos em seu existir fenomenológico, os quais não são explicados como nas ciências

²⁰⁶ SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. São Paulo: EDUSP, 1981. P. 91.

²⁰⁷ Embora parte da doutrina persiga concepção mais abrangente e substancial, como relata KAUFMANN: “Também hoje se procura um conceito de direito que seja mais que uma formal designação compreensiva do conjunto das leis e diga algo sobre o conteúdo do direito”. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5ª ed. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. P. 202.

²⁰⁸ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil, v. II*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1949, p. 123-124.

²⁰⁹ Para exposição de diversas concepções filosóficas do conceito no plano filosófico cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coordenada por Alfredo Bosi, col. Maurice Cune et al. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982. Verbetes “forma”.

²¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006. P. 145.

²¹¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006. P. 145.

naturais, mas construídos discursivamente; ou d) uma teoria da interpretação²¹².

As concepções se imbricam, com sutis diferenciações, mantida constante a premissa de que formalidades são necessárias, em alguma medida, notadamente como meio de conferir ao procedimento segurança, previsibilidade, e promover adequada contenção do exercício dos poderes no processo.

Essa caracterização da forma enquanto “necessidade”, conteúdo indispensável do procedimento, se apresenta como uma constante na doutrina. Diversamente, mostram-se infrequentes as tentativas de delimitação conceitual.

Provém de CHIOVENDA uma das mais antigas tentativas de delimitação conceitual. Distingue referido autor as *formas em sentido estrito*, as quais corresponderiam às condições de lugar, tempo e meios de expressão dos atos processuais, das *formas em sentido amplo*, que consistiriam “las mismas actividades necesarias em el proceso, em cuanto que, estando dirigidas a la actuación de um derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la substancia”²¹³.

A distinção se afigura imprecisa, especialmente por conta da vagueza do conceito de forma em sentido amplo, considerada forma em sentido impróprio mesmo pelo autor da distinção. Relacionar a amplitude do sentido da forma à sua finalidade e sua relação com a substância muito pouco esclarece, pois também na forma em sentido estrito se observa tal relação e um aspecto teleológico.

Mais fecunda se mostra a conceituação adotada por OLIVEIRA.

O professor gaúcho conceitua a forma em sentido estrito como o invólucro do ato processual, seu modo de exteriorização, apenas um conjunto de signos mediante os quais se manifesta a vontade e de requisitos para sua

²¹² A síntese consta em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 24.

²¹³ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. T. II. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925. P. 109-110.

celebração²¹⁴. Não obstante apresentar o conceito, refuta em seguida sua utilidade científica no atual estágio dos estudos processuais, ao registrar que se insere nas fases atrasadas do processo. Forma pela forma, vazia por completo, despida de conteúdo, não teria espaço nos ordenamentos democráticos, onde o atuar estatal radicar-se-ia sempre em valor considerado importante.

Permanece a utilidade do conceito de forma em sentido estrito bem mais como elemento analítico do conceito mais amplo de formalismo, e ainda como referência histórica. Por conseguinte, consistem patologia a ser superada²¹⁵ os resquícios da concepção superada da forma em sentido estrito, ainda presentes no ordenamento como excesso de formalismo, encontrados aqui e ali em mecanismos antigos, que se transmitem por apego à tradição e pelo espírito conservador que domina a casta forense²¹⁶.

Em contraposição ao superado conceito propõe OLIVEIRA a ideia de forma em sentido amplo ou *formalismo*, expressão sinônima doravante utilizada. Compreende o formalismo acepção bem mais abrangente, a denotar a totalidade formal do processo, abarcando não só os elementos tipicamente formais em sentido estrito (extrínsecos) como especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos intervenientes do processo, a coordenação de suas atividades, ordenação do procedimento com escopo de alcance das finalidades do processo²¹⁷.

A despeito de seu uso bastas vezes em conotação negativa, associada ao excesso de exigências formais, preferível o uso da expressão formalismo, já consagrada na linguagem jurídica. A superfetação de formas e sua prevalência sobre o conteúdo, tida como patológica e contraproducente, deve ser denominada “formalismo excessivo”²¹⁸.

²¹⁴ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 24. P. 26.

²¹⁵ Também criticando o “formalismo vazio”, “idolatria da formalidade”, cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 436.

²¹⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 6.

²¹⁷ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 28.

²¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28, nota 3. Ainda cf. OLIVEIRA,

Incumbe ao formalismo, por conseguinte, “a tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”²¹⁹.

Os elementos que conferem mérito às ideias de OLIVEIRA podem ser vistos também, em visão crítica, como seus pontos frágeis. Ao incorporar ao formalismo aspectos teleológicos e axiológicos a teoria promove imbricação significativa do conceito de forma com a ideia de procedimento, e mesmo até com a ideia de processo.

De todo modo, neste quadrante dos estudos processuais, na qual tanto relevo se confere à realização de valores constitucionais pela via do processo, a visão mais abrangente do fenômeno formalista se mostra adequada e será adotada na sequência da investigação, com a ressalva das opiniões contrárias centradas em concepções mais restritivas²²⁰.

A despeito de conceituações mais ou menos abrangentes, verdadeiramente determinante na concepção de formalismo são as suas finalidades. O formalismo revela sua dimensão e importância na exata medida em que se presta à função de garantia (forma-garantia), de um lado, e em outra

Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. Passim.

²¹⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 28

²²⁰ Em especial, a) a visão do fenômeno sob aspecto estrito, da forma como disciplina do modo, tempo e encadeamento dos atos, e b) a perspectiva instrumentalista defendida com muito sucesso no Brasil por DINAMARCO, em que a forma é orientada para a consecução dos escopos do processo num processo pautado por forte protagonismo do juiz. A distinção, no tocante às formas processuais, entre as noções de instrumentalidade e formalismo-valorativo, não se mostra profunda como pode parecer à primeira vista. OLIVEIRA assenta como objetivo de seu conceito de formalismo-valorativo a superação da concepção instrumentalista do processo, embora DINAMARCO também confira ênfase à orientação da técnica processual para a obtenção de uma decisão justa, do mesmo modo privilegiando a substância sobre a forma. Afastadas as sutilezas conceituais, se afiguram realmente como elementos novos e caracterizadores na teoria elaborada por OLIVEIRA – na verdade um aprimoramento evolutivo da visão instrumentalista –, a imposição da atitude colaborativa do juiz e o reforço do papel das partes no procedimento. As obras centrais dos citados autores, surgidas em 1987 (“A Instrumentalidade...” de DINAMARCO) e 1996 (a obra é versão comercial da tese de doutorado de OLIVEIRA defendida neste ano), fundaram verdadeiras escolas no Brasil, e ainda exercem muita influência, dada a profundidade dos estudos e o rigor analítico. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

vertente instrumentaliza a atuação prática de diversos valores e princípios do ordenamento (forma-função)²²¹.

A forma-garantia ata as mãos da arbitrariedade, “a pior adversária da justiça”, deste modo conferindo mais segurança às partes²²². Na expressão feliz de Ihering, nessa perspectiva “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”, e funciona como relevante elemento de contenção do poder estatal, preservando a liberdade dos intervenientes do processo de abusos voluntaristas do juiz. Concorre, portanto, para o equilíbrio do desenvolvimento da relação processual, mediante prévia delimitação dos poderes, deveres e faculdades das partes, e poderes e deveres do juiz²²³.

O encadeamento formal dos atos em procedimento previamente estabelecido tem o “valor de penhor da legalidade do exercício do poder”²²⁴, e assegura, em via de princípio, uma garantia e segurança inerentes à razoável previsibilidade que se espera dos agentes estatais em um Estado de Direito. Consoante LIEBMAN as formas promovem “ordem, certeza e eficiência”, e “sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e respeito aos direitos das partes”²²⁵.

Este elemento de contenção de poder atua não apenas em face do juiz. Com efeito, o formalismo processual dirige-se também ao controle dos eventuais excessos de uma parte no processo, agindo como poderoso fator de igualação formal dos contendores²²⁶, com vistas a assegurar a paridade em armas.

Sob outro enfoque, complementar e não mutuamente excludente, em perspectiva funcional (forma-função) promove o formalismo a atuação prática de valores caros ao ordenamento, sejam eles tipicamente processuais ou não.

²²¹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 188.

²²² Cf. TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto A. Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 2009. P. 109.

²²³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 183.

²²⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 127.

²²⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 290.

²²⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 30.

A *democracia* é valorizada e concretizada quando o formalismo estabelece uma participação paritária e eficaz para a produção de influência na decisão estatal. Incrementa-se a *eficiência* quando o formalismo atenta para o uso racional e econômico dos recursos. O *acesso à justiça* depende, em grande medida, de um formalismo tendente à construção de um procedimento justo, adequado e sem dilações indevidas. A *isonomia*, transposta para a seara processual, vincula-se indubitavelmente ao cometimento de um regime formal apto a respeitar a igualdade para os iguais, e as desigualdades para os diferentes.

Outros tantos exemplos poderiam ser citados, emergindo do contexto, a merecer destaque, a vertente instrumental-axiológica do formalismo-valorativo, que “se importa” com os resultados do processo, atenta aos princípios, apta a correção de excessos, conducente à realização de um ambiente propício e condicionado à concretização de interações sociais discursivas indispensáveis à entrega de tutelas jurisdicionais justas e legítimas²²⁷.

3.2. Dos sistemas procedimentais classificados conforme o grau de rigidez formal

Há uma tensão eterna e insuperável entre o sentimento de necessidade das formas, em virtude da sensação de segurança por elas transmitida, e a urgência de que a justiça, a presteza nas lides, a cognição e defesa amplas não sejam afetadas por formalidades inadequadas²²⁸.

O difícil equilíbrio acabou por se traduzir, ao longo da história, nas marchas e contramarchas do legislador na disciplina do procedimento. Oscilaram os ordenamentos entre o porto seguro das formas rígidas e as necessidades de flexibilidade demandadas para a realização dos desejos de pacificação mais rápida, justa e efetiva.

²²⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 186.

²²⁸ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. P. 6.

Assumida a inevitabilidade do estabelecimento de algumas amarras formais, a maior ou menor flexibilidade na observância de um caminho processual previamente estabelecido constituiu, tradicionalmente, critério para a classificação doutrinária dos procedimentos em dois sistemas²²⁹: a) de legalidade das formas procedimentais; b) de liberdade das formas procedimentais²³⁰.

Reproduzem-se a seguir os caracteres gerais dos sistemas no modo como usualmente se apresentaram na doutrina. Em passo seguinte, serão apresentadas críticas com vistas à construção de uma visão renovada da classificação.

Observa-se com facilidade que os sistemas processuais variam quanto à flexibilidade na aplicação de regra formais no exercício concreto da jurisdição. Em alguns sistemas há maior liberdade para modificação ou instituição dos atos componentes do procedimento pelo juiz e mesmo pelas partes, ao passo que em outros a ordem legal previamente estipulada deve ser observada necessariamente na totalidade ou ao menos na maior parte dos casos, em rigor que se complementa com o estabelecimento de regime de preclusões tênue ou rigoroso²³¹.

No primeiro sistema o modo, tempo e lugar (elementos em metonímia designados pela doutrina apenas como “modo”) preestabelecidos como condições de validade do ato, bem como sua ordenação no procedimento²³²,

²²⁹ A palavra “sistema” é utilizada tendo em vista sua ampla aceitação pela doutrina especializada, com a ressalva de que vocábulo sinônimo “modelo”, no sentido conferido por REALE, seria mais adequado. Para o jusfilósofo brasileiro “o conceito de modelo (...) está sempre ligado à ideia de projeto, de planificação lógica e representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas e prescrições”. No campo jurídico é “o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes do direito, para atender aos característicos de validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva dessas mesmas normas”. Cf. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 40.

²³⁰ Interessante terminologia alternativa para o fenômeno foi formulada por COUTURE, na década de 40 do século passado. O mestre uruguaio distinguiu “processo de ordenação sucessiva” de “processo de ordenação discricionária”, este caracterizado como “um conjunto de formas sem ordem preestabelecida”. Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. P. 85.

²³¹ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, p. 163-177, abr./jun. 2011. P. 163.

²³² GAJARDONI vinculou a classificação apenas a uma das facetas do formalismo, a saber, à ordenação dos atos no procedimento, e afirmou que no tocante ao “modo de manifestação do

encontram previsão rígida na lei, podendo o desrespeito às prescrições legais conduzir à invalidade e/ou ineficácia do ato, e dos que lhes são dependentes. Valoriza-se e protege-se, nesse sistema, a previsibilidade e respeito às legítimas expectativas do jurisdicionado, à custa de eventual prática de atos inúteis ou inadequados²³³. Nesta perspectiva, conferir poder discricionário de modificação ritual para as partes ou para o juiz implicaria incerteza e insegurança, “alto preço de vantagens muito discutíveis”²³⁴.

Análise histórica aponta a origem dessa forma de pensar o processo no ideário liberal. A rigidez da forma seria uma garantia das partes em face de agente estatal, que não poderia exercer sua parcela de poder de forma absolutista, pois lhe incumbiria, em respeito ao princípio da separação dos poderes, apenas reverberar as palavras da lei²³⁵.

Ao revés, no sistema da liberdade das formas, numa ideal forma pura, não há parâmetros imperativa e previamente fixados, e incumbe aos intervenientes no processo, ou ao juiz isoladamente, escolher a forma a ser observada²³⁶. Aqui a possibilidade de excluir atos despiciendos e assegurar a entrega da tutela adequada e a conclusão do processo em prazo razoável se apresenta de forma mais evidente, embora o alcance de tais desideratos surja envolvido em relativa insegurança e imprevisibilidade, na medida em que o

ato” (...) “todos os sistemas dos quais se tem notícia adotaram ou adotam um sistema rígido”. Não se pode aderir a esta posição. A polarização entre rigidez e flexibilidade formal tem alcançado, ao longo da história, tanto o modo, tempo e lugar dos atos, vistos isoladamente, como seus encadeamentos, embora a maior ou menor tolerância com a flexibilidade se faça de diferentes modos. Assim, também o modo de manifestação do ato pode ser rígido ou flexível, tanto quanto a sequência, e os sistemas da legalidade e da liberdade das formas tomam em consideração ambos os aspectos do formalismo. Cfr. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77-78. No sentido ora preconizado sustenta SILVA, referindo-se ao procedimento comum brasileiro, mas com argumento de fácil extrapolação para os ordenamentos europeus, que “a rigidez do procedimento judicial brasileiro afeta mais a sequência dos atos processuais que a sua forma”, pois “quanto a esta, a lei dá espaço para integração judicial”. Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 98.

²³³ Cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. *Aspectos do novo processo civil*. SOUSA, Miguel Teixeira de (coord.). P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 33.

²³⁴ Cf. PASSOS. J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 76.

²³⁵ Cf. GOUVEIA, Mariana França. “A acção especial de litigância de massas”. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 138.

²³⁶ Cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. *Aspectos do novo processo civil*. SOUSA, Miguel Teixeira de (coord.). P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 33.

sucesso pretendido depende em forte medida da sensibilidade, competência e correção ética do juiz e/ou das partes.

O estabelecimento de um sistema de liberdade das formas no qual se faculta a modelagem procedimental ao juiz, conforme precisamente destacou CHIOVENDA, encontra íntima conexão com a confiança que a sociedade, em determinado momento histórico, deposita em seus juízes²³⁷.

Indispensável uma visão renovada desta classificação.

Legalidade/liberdade reproduz caracteres de outra dicotomia insuperável e estrutural do processo – efetividade/segurança. Estes são valores essenciais para a conformação do fenômeno processual, e se mostram em permanente tensão, ambos instrumentais em relação aos seus fins últimos de promoção da paz social com justiça. Ordenamentos devem buscar sempre uma adequada proporcionalidade no uso de instrumentos tendentes a concretizar referidos valores, atentando que ambos são relevantes para a sociedade, e que a relação entre eles é inversamente proporcional, de modo que o reforçar de um no procedimento implica necessariamente o enfraquecimento do outro²³⁸.

Explica-se assim, por conseguinte, o fato de nenhum ordenamento adotar os sistemas citados em suas formas puras²³⁹. Observa-se, na imensa maioria dos casos, uma preferência pelo sistema da legalidade das formas mitigado por um “contexto flexibilizador”²⁴⁰, consistente em autorizações para a prática de atos fora da moldura legal quando satisfeitas determinadas condições e observados alguns limites.

Classificações prestam-se a explicar fenômenos e conceitos, e portanto de maior valia se apresentam aquelas mais aderentes à realidade. O debate havido recentemente em Portugal, em virtude da instituição de mecanismos de

²³⁷ “La autoridad, la confianza que el poder judicial goza en una nación se reflejan en la mayor o menor círculo de facultades procesales que se le atribuye y, conseqüentemente, en la mayor o menor elasticidad de los juicios”. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil, v. II*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949. P. 144.

²³⁸ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. P. 154.

²³⁹ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Novo CPC, doutrina selecionada, V. 1, parte geral*. P. 523-545. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 524.

²⁴⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, V. II*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 532.

flexibilização procedimental mais efetivos, a partir da cláusula geral de adequação formal trazida pela reforma de 1995/1996, com o reforço dado pela positivação do instituto da gestão processual no CPC de 2013, demonstrou a necessidade de revisão doutrinária.

Referências aos argumentos então defendidos se mostram relevantes no intento de propor uma renovação na classificação bipartida clássica.

No regime anterior à revisão, a maioria dos doutrinadores defendia que o sistema português alinhava-se como tributário do regime da legalidade das formas²⁴¹, apesar de algumas limitadas exceções.

As alterações operadas após a positivação do poder de adequação formal, mediante inserção no CPC português do art. 265º-A pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, levaram LEBRE DE FREITAS a defender a “substituição pelo princípio da adequação formal do rígido princípio da legalidade das formas da legislação anterior”²⁴².

Em sentido contrário, entendeu FARIA que sobreviveu o formalismo processual na forma de um processo plasmado em regras preexistentes, embora passíveis de alteração à vista das necessidades do caso concreto. No entender de Faria, por conseguinte, a possibilidade de adequação formal não implicou o abandono do princípio da legalidade das formas processuais, pois “há uma forma processual a seguir, por regra”.

De acordo com FARIA, o fato de existir um “guião processual que sirva de suporte à acção”, um procedimento a partir do qual o juiz deve operar, mediante promoção de adequações necessárias, caracterizaria a legalidade das formas. Assim, sistemas de liberdade das formas existiriam apenas quando

²⁴¹ Cf. BRITO, Pedro Madeira de. “O novo princípio da adequação formal”. *Aspectos do novo processo civil*. Miguel Teixeira de Sousa (org), p. 31-69. Lisboa: Lex, 1997, p. 35. No mesmo sentido SILVA, Paula Costa e. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, T. 2, p. 137-149, abr./jun. de 2011. P. 138.

²⁴² Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 229. No mesmo sentido cf. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 81. Cf. ainda REGO, Carlos Francisco Lopes do Rego. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2004. P. 261.

os juízes pudessem criar *ab initio*, “à la carte os actos que irão integrar cada acção concreta, o seu conteúdo e a sua sequência”²⁴³.

Também em PINTO se viu defesa da manutenção da legalidade das formas como princípio processual vigorante no ordenamento português²⁴⁴.

TEIXEIRA registrou um fato demonstrativo da querela doutrinária. No preâmbulo do projeto que viria a se transformar da lei instituidora do RPCE consignava-se a libertação do juiz do “*revogado* princípio da legalidade das formas processuais”. Entretanto, na versão final, aprovada pelo Decreto-Lei nº 108, de 8 de junho de 2006, assinalou-se apenas a *mitigação* do formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras”. Concluiu citado autor assinalando a “clara opção histórica do legislador” de apenas atenuar o regime da forma legal, e não de promover sua substituição por modelo informalista²⁴⁵.

O Tribunal Constitucional de Portugal, embora de forma incidental, tratou da questão e registrou que “o abandono do princípio da legalidade e da tipicidade das formas processuais – em benefício de um princípio novo, o da possibilidade de construção casuística, pelo juiz, dessas mesmas formas –, parece ser a matriz essencial do regime processual experimental”²⁴⁶. A corte constitucional tratava do dever de gestão no âmbito do RPCE, mas referido dever, conforme já assentado supra, foi reproduzido de modo reforçado no CPC de 2013.

O acórdão citado explicitamente reverberou a opinião de LAMEIRAS, para quem as inovações legislativas promoveram não só o abandono do princípio da legalidade, mas ainda e além disso estabeleceram um dever de criar para cada litígio, mediante decisão jurisdicional específica, uma tramitação nova e

²⁴³ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 15-16.

²⁴⁴ Cabendo consignar que o autor distingue os princípios em estruturantes, “impostos pela constituição”, e instrumentais “dependentes do legislador ordinário”, incluindo o princípio da legalidade das formas neste último rol. Cf. PINTO, Rui. *Manual da execução e despejo*. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 28.

²⁴⁵ Cf. TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008. P. 24.

²⁴⁶ Acórdão TC nº 69/2008. Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral. Julgado em 31.1.2008.

adequada às necessidades da causa. Na decisão encontrar-se-ia “o alicerce de legitimidade dessa concreta tramitação”, e não da tramitação prevista em lei²⁴⁷.

Os debates mostram o acerto e necessidade de promover uma revisão da tradicional classificação bipartida, com acréscimo de um terceiro gênero que considere a concepção de uma forma temperada de procedimento, dotada de formas típicas mas com mecanismos eficientes predispostos à flexibilização, com clara preponderância da instrumentalidade das formas.

A forma legal é ponto de partida argumentativo, mas são consideradas e valorizadas diversas possibilidades de modificação do *iter* procedimental previsto originalmente na lei. Confere-se segurança, pois, mas a utilização da forma legal depende de condição – adequação às necessidades da causa –, sujeita a permanente controle pelos intervenientes do processo. Confere-se, por conseguinte, a flexibilidade necessária para a adequação do procedimento às necessidades concretas da causa, única via para o cumprimento eficiente da promessa constitucional de entrega de tutela justa e sem dilações indevidas.

Conforme bem acentuou FARIA, mesmo nos ordenamentos nos quais se defere ao juiz o poder de adequação formal, ou mesmo poder mais amplo de gestão, o procedimento “não está dependente de um acto criador do juiz, expresso ou tácito, para existir na ação individual concreta”, pois “a instância não enfrenta o vácuo processual, quando é instaurada uma acção”²⁴⁸. Haverá sempre uma forma legal preexistente, a qual se presume adequada aos fins do processo.

Forte no grau de rigidez/flexibilidade estabelecido pela lei, e também no modo de proceder a flexibilização do procedimento, pode-se classificar os sistemas da seguinte forma²⁴⁹:

²⁴⁷ LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 31.

²⁴⁸ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 17.

²⁴⁹ A classificação tripartite é original, mas há referência na doutrina a concepção intermediária, aqui elevada ao patamar de novo sistema. De acordo com TEIXEIRA, “entre essas duas concepções extremas (legalidade da forma e informalismo) existe um sistema de regulamentação ou adequação judicial, nos termos do qual a lei permite ao juiz determinar a ordem do material solene a produzir”. Cf. TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008. P. 20.

a) *Sistema de legalidade das formas processuais*, nos moldes clássicos, no qual o modo de ser das atividades que conduzem ao pronunciamento jurisdicional final é predisposto em lei. Os atos isoladamente e em sua sequência não podem ser realizadas no modo e na ordem que ao juízo discricionário dos intervenientes processuais se afigure mais apropriado. A classificação mantém-se relevante quando se considera as necessidades de cotejo histórico para melhor compreensão dos sistemas modernos, embora não mais subsista na forma pura, diante das possibilidades de flexibilização formal derivadas, no mínimo, da relatividade das nulidades, na grande maioria dos sistemas hodiernos.

b) *Sistema da legalidade temperada das formas processuais*, prevalecente na grande maioria dos ordenamentos, nos quais a lei estabelece previamente o modo de ser do ato e a sequência dos atos do procedimento, admitida a modificação formal por ato do juiz e/ou das partes, observados certos requisitos e limites, em atenção às necessidades concretas da causa e ao incremento dos valores eficiência, celeridade e justiça.

c) *Sistema da liberdade das formas processuais*, em vigor, notadamente, nos Estados Unidos e Inglaterra, no qual existe uma ampla liberdade deferida ao juiz para a conformação do procedimento, condicionado o poder, contudo, ao alcance de certos desideratos previamente fixados mediante normas de natureza principiológica²⁵⁰. Nestes sistemas também os limites para a conformação do procedimento derivam dos princípios corolários do processo equitativo.

²⁵⁰ Na Inglaterra o sistema processual recebeu substancial modificação com a edição das “Civil Procedural Rules” (CPR) em 1998. Consignou-se em posição de destaque, no início do digesto (item 1.1), uma norma composta de conceitos de textura aberta, denominada objetivo preponderante (*overriding objective*). Para o alcance do objetivo, a lei atribuiu amplos poderes de gestão aos tribunais, notadamente para a realização de uma instrução justa com celeridade e eficiência (item 1.4). Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 46-48. Do mesmo modo, nos Estados Unidos da América as “Federal Rules of Civil Procedure” consagraram no início do texto (Regra 1), como objetivo do sistema judicial, “assegurar a justa, célere e econômica resolução de todas as ações”, e para o alcance dessa meta, em ambiente de escassez de recursos e aumento do custo dos litígios, foi imposta ao juiz a gestão dos processos judiciais, o mais cedo possível, de preferência na audiência preliminar (apelidada de *pretrial*), conferidos poderes amplos para a adequação da causa. Cf. SCHWARZER, William W.; HIRCH, Alan. *Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para os juízes*. Revista Julgar, nº 19, p. 189-206, 2013. P. 189-191 e *passim*.

À luz da classificação adotada, pode-se fazer o caminho de retorno, da teoria ao caso concreto, para assentar que o ordenamento português se alinha entre os ordenamentos com sistema de legalidade temperada das formas.

Não se mostra correto classificar o procedimento lusitano como vinculado à legalidade das formas nesta quadra da evolução dos estudos processuais. Um sistema onde se prevê poderes de adequação e gestão amplos se reveste de flexibilidade incompatível com a ideia de um modelo pautado em formas legais.

Lado outro, também não se pode dizer correto o alinhamento aos sistemas de liberdade das formas, na forma pretendida por LAMEIRAS explicitamente, e por outros implicitamente, quando advogam a superação do sistema da legalidade em classificação dicotômica. Quando vigora a liberdade, conforme assinalado acima, o procedimento é construído pelo juiz tendo por balizas objetivos e princípios²⁵¹. No sistema português o procedimento é predeterminado em lei, tido *a priori* como adequado, e só pode ser afastado se demonstrada a necessidade de alterações para o alcance dos objetivos imediatos de celeridade e eficiência e, numa perspectiva mediata, para o deferimento da tutela jurisdicional justa.

Por conseguinte, dizer que foi abandonada a legalidade implica associar o sistema português à ideia de liberdade das formas, em caminho que mais confunde que esclarece, pois sugere que, abandonada a legalidade, se a classificação é dicotômica, abraçar-se-ia a liberdade das formas.

O ordenamento português estabelece, a um turno, formas legais tidas como preferenciais, mas por outro lado também prevê instrumentos de flexibilização dos atos em si e em seus encadeamentos, motivo pelo qual deve ser considerado adepto do sistema da legalidade temperada das formas.

Apresentada a proposta de renovação da classificação dos sistemas procedimentais, à luz do grau de rigidez de suas formas, e assentado o enquadramento do sistema português como de legalidade temperada, encerra-

²⁵¹ Mesmo aqui não se reconhece um “grau zero” procedimental. Não há regras predispostas, mas há objetivos e limites impostos por princípios.

se o tópico com adiantamento de ideias a serem desenvolvidas nos itens seguintes da investigação.

Afirma-se que o sistema da legalidade temperada das formas procedimentais é o que melhor se adapta aos anseios de construção de um processo dotado de segurança e flexibilidade, em premissa a ser defendida, em objetivo instrumental desta investigação, nos itens seguintes.

3.4. Delimitações conceituais e funcionais

3.4.1. O princípio da adequação

O processo²⁵² é instrumento voltado à concretização da jurisdição, entendida esta como função estatal dirigida à solução imperativa de conflitos, exercida mediante atuação da vontade do direito em casos concretos²⁵³. O processo existe para o exercício da jurisdição, e sua legitimidade decorre de sua vocação instrumental.

Assim, o processo, que como instrumento é meio, apenas se legitima quando apto a realizar os fins aos quais se destina²⁵⁴. A análise da aptidão do instrumento para a realização de determinados fins inevitavelmente remete a investigação para o conceito de adequação – falar de aptidão implica necessariamente em adequação de um meio para o alcance de um fim.

²⁵² Nesta investigação a referência a processo faz-se em acepção restrita, denotando apenas os processos judiciais. Para análise do fenômeno processual em perspectiva ampla, com abrangência sobre processos administrativos, arbitrais, legislativos e outros, cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

²⁵³ Conceito apoiado na doutrina de DINAMARCO. Cabe registrar a grande variedade de concepções doutrinárias relativas aos conceitos de processo e jurisdição, cuja análise foge aos objetivos desta investigação. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, V. I*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 305. Para conceito de processo jurisdicional com destaque para o objetivo de “produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional” cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012. P. 75. Para análise crítica das diversas concepções de jurisdição cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 93 e ss.

²⁵⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 149.

A adequação, por conseguinte, surge como ideia central e subjacente elementar do conceito instrumentalista de processo, vinculada à perspectiva jurídico-política de legitimidade. A parte tem direito não só ao processo visto como instrumento para provocação de ato estatal – direito de ação –, mas além disso tem direito a processo estruturado em procedimento adequado à tutela do direito material invocado.

A este direito do cidadão se contrapõe um dever do legislador, que o obriga a instituir procedimentos idôneos. Nessa perspectiva, a legitimidade da jurisdição, do processo e do procedimento dependem da aptidão dos instrumentos posto à disposição do cidadão para a tutela efetiva do direito material²⁵⁵.

Do exposto exsurge o *princípio da adequação*, a designar a imposição sistemática de dever ao legislador para a construção de modelos procedimentais aptos à tutela plena e tempestiva dos direitos²⁵⁶.

Prioritariamente dirige-se ao legislador²⁵⁷, pois o estabelecimento de caminhos procedimentais pela via democrática e segura da lei é preferível. Não obstante, secundariamente também se manifesta para designar atividade do juiz e das partes – estas isoladamente ou em conjunto com o juiz – dirigida à flexibilização do procedimento que, embora previsto em lei, não se revele no caso concreto o mais apto à solução da causa de modo justo e célere.

O processo só pode ser considerado equitativo²⁵⁸ se e na exata medida em que adequado à resolução de conflitos de forma justa e célere²⁵⁹. A

²⁵⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (org.). *Panorama doutrinário Mundial*. P. 541-574. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 544-545.

²⁵⁶ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 134.

²⁵⁷ “É, em primeiro lugar, tarefa da legislação” a “organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida” necessárias para garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. P. 247.

²⁵⁸ Prefere-se a expressão portuguesa “processo equitativo” nesta investigação, tomada como sinônima da expressão “devido processo legal” utilizada no Brasil, e “*procedural due process of law*”, preferida entre os anglo-saxões.

²⁵⁹ Nas palavras de TEIXEIRA DE SOUSA, “a exigência do processo equitativo ganha uma nova dimensão: a equidade processual passa também a impor uma tramitação adequada à complexidade da causa”. Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, p. 10-14, Braga, CEJUR, jul./set. de 2013. P. 12.

adequação, nessa linha de entendimento, apresenta-se ao mesmo tempo como *elemento conceitual e corolário* do princípio fundamental do processo civil²⁶⁰ – o processo equitativo.

Sem embargo, trata-se (o processo equitativo) de gênero do qual todos os demais princípios processuais são espécies, base sobre a qual todos os demais se sustentam²⁶¹, bem assim o princípio da adequação.

De acordo com DIDIER JR. o princípio da adequação pode ser visualizado em três dimensões. A primeira denomina-se dimensão *legislativa*, tem cunho abstrato, dirige-se ao legislador e norteia a produção legislativa de normas de cunho processual. A construção de caminhos procedimentais adequados é tarefa prioritariamente do legislador, conforme já assinalado, e apenas em caráter secundário do juiz e das partes.

Lado outro, duas outras dimensões do princípio da adequação, *jurisdicional e negocial*, caracterizam-se por sua aplicabilidade apenas diante de casos concretos²⁶², para a solução de específicos conflitos já judicializados ou potencialmente judicializáveis²⁶³. Apenas de modo excepcional, quando se mostrarem inadequados os procedimentos traçados pela lei, e satisfeitos diversos requisitos, abre-se a possibilidade para a alteração do iter previamente estabelecido pela norma aprovada por representantes populares.

²⁶⁰ Há quem prefira a expressão “princípio geral do processo”. Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 27.

²⁶¹ Segundo NERY JÚNIOR, em comentário à constituição brasileira, bastaria “ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendos”, mas a explicitação das garantias fundamentais derivadas se mostra adequada como “forma de enfatizar a importâncias dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 25 e 37.

²⁶² Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. V. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 114.

²⁶³ Negócios jurídicos processuais são instrumentos de adequação formal e podem ser realizados antes mesmo do surgimento do litígio, embora alusivos ao modo de ser de um futuro e eventual processo. Bom exemplo dessa possibilidade é a previsão de eleição de foro, constante do CPC Pt no art. 95, e no CPC Br no art. 63. A respeito do momento de celebração dos negócios jurídicos processuais cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 230-231.

Na dimensão legislativa²⁶⁴ do princípio da adequação, três fatores – subjetivo, objetivo e teleológico – devem ser considerados pelo legislador, de modo simultâneo, para que tutela jurisdicional se faça com eficiência²⁶⁵.

O *fator subjetivo de adequação* orienta a atividade para as necessidades daqueles que irão participar do processo. O procedimento deve ser adequado aos sujeitos processuais em suas peculiaridades, pois a mera identidade formal de meios, diante de possíveis diversidades concretas nas posições das partes, decorrência natural da heterogênea condição humana²⁶⁶, não promoveria a igualdade substancial prometida nas cartas políticas.

Pelo exposto, identidade formal se justifica se as posições processuais são equiparáveis. Ao revés, se observáveis “desigualdades objetivas intrínsecas de certas relações processuais”, deve ocorrer adequação para, mediante “jogo de compensações”, promover-se “equilíbrio global do processo”^{267_268}.

O *fator objetivo de adequação* impõe congruência entre as formas processuais e natureza do direito litigioso. O procedimento a ser construído deve atentar também para a disponibilidade ou indisponibilidade do direito²⁶⁹. Processos de cunho essencialmente patrimonial, entre partes capazes, devem assumir uma tendência mais dispositiva. Na medida em que as notas de indisponibilidade se fizerem mais presentes a atuação do juiz e do Ministério Público deve ser intensificada, e acrescidos os elementos de inquisitorialidade.

²⁶⁴ Especialmente nesta dimensão, mas também quando realizada pelo magistrado ou pelas partes a adequação deverá observar tais fatores, conforme se verá adiante.

²⁶⁵ Cf. LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. P. 164-165.

²⁶⁶ Tanto mais complexas se tornam as relações jurídicas, mais extremadas se apresentam as diferenciações dos cidadãos dentro e fora do processo, motivando a criação de microsistemas processuais destinados a apreender e tratar de forma justa as disparidades, para que não se reflitam na composição do litígio. Sobre o tema indispensável consulta a TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

²⁶⁷ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 137.

²⁶⁸ Constituem exemplos de normas construídas à vista deste fator de adequação as diferenciadas regras de competência em razão da pessoa (entre outros, CPC Br, art. 51 e 53; CPC PT, art. 81º, item 1) e as determinantes de atuação ministerial quando o litígio envolver interesse de incapaz (CPC Br, art. 178; Estatuto do Ministério Público de Portugal, aprovado pela Lei 47/86, de 15 de outubro, art. 3º, a).

²⁶⁹ Cf. LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. P. 165.

De outra banda, a necessidade de adequação também surgirá se da natureza do direito se depreender a necessidade de tutela diferenciada ou demandante de excepcional celeridade²⁷⁰. Exemplifica-se. Litígios envolvendo a disputa pela posse e busca por verbas alimentares justificam a previsão de provimentos jurisdicionais diferenciados, liminares e antecipatórios, se satisfeitos determinados requisitos, notadamente vinculados à urgência e elevada probabilidade do direito alegado²⁷¹.

As lições já quase centenárias de ALBERTO DOS REIS a respeito do tema ainda se mostram atuais e merecem referência. Segundo o mestre lusitano, se o processo tem por missão declarar direitos substanciais e concretizar os já declarados, faz-se necessário que “a forma do processo se ajuste à substância do direito”. E “se a grande massa dos direitos materiais pode perfeitamente se fazer valer em juízo mediante a ritologia do processo comum (...), a verdade é que alguns direitos substanciais, dada a sua natureza, feição e estrutura peculiar, demandam formas e ritos especiais de processo”. Por conseguinte, “é a fisionomia especial do direito que postula a forma especial do processo”²⁷².

Por fim, encerra a caracterização tripartite dos fatores de adequação do processo o *fator teleológico*, o qual põe em relevo na atividade adaptativa as diferenciações decorrentes das “diversas funções da jurisdição”²⁷³. O processo deve refletir a natureza dos provimentos demandados. Se as partes perseguem em juízo o accertamento de um direito, sua realização concreta ou uma medida de cautela, imperativo que as formas e sequências dos atos, e mesmo os poderes processuais²⁷⁴, deverão ser moldados à luz das especificidades da causa²⁷⁵.

²⁷⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. V. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 116.

²⁷¹ Conferir, quanto às possessórias, CPC Br, art. 562; e CPC Pt, art. 377º. Alimentos provisórios tem previsão no art. 384º do CPC Pt, e no Brasil na Lei nº 5.478/68, art. 4º.

²⁷² Cf. REIS, José Alberto dos. *Processos especiais*. V. 1. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1982. P. 1-2.

²⁷³ Cf. LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. P. 166.

²⁷⁴ Na ação de execução, por exemplo, que é “do e para o credor”, o *favor creditoris* desequilibra os pratos da balança e rompe com a paridade entre exequente e executado. Cf. PINTO, Rui. *Manual da execução e despejo*. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 34-35.

²⁷⁵ Para GAJARDONI o fator teleológico, “por ter matriz objetiva e relacionada ao direito

Forte neste entendimento, ritos sumários são criados quando o ordenamento processual pretende priorizar o objetivo de celeridade e ações executivas preveem medidas de constrição patrimonial no início do feito, ou mesmo de coerção pessoal²⁷⁶, com peculiaridades procedimentais dirigidas à efetivação de direitos.

Na síntese feliz de LACERDA, digestos processuais se apresentam como “sistemas legais de adequação do processo”, estes verdadeiros instrumentos *moldados de acordo com os sujeitos que o acionam, com o objeto sobre o qual atuam, e sempre em atenção aos fins da respectiva função judiciária, voltados à declaração e realização do direito em concreto*²⁷⁷.

Não obstante a relevância da missão legislativa na conformação do processo, por evidente supor que o legislador sempre atende às necessidades sociais de forma perfeita e confere as tutelas prometidas pelo direito material constitui postura de ingenuidade inescusável²⁷⁸.

A praxe forense é muito rica em possibilidades, em reflexo da complexidade notável e em persistente expansão das relações jurídicas havidas na sociedade. Impossível, nesse cenário, esgotar as possibilidades e prever com perfeição modelos rituais adequados para todos os litígios. Sempre haverá um caso novo e peculiar transbordante da mais fecunda das

material, não necessita de autonomia classificatória”. Cfr. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 135.

²⁷⁶ Exemplo emblemático de singularidade procedimental estabelecida para adequar o processo ao direito material encontra-se na possibilidade de prisão civil do devedor alimentar prevista no direito brasileiro (art. 528, § 3º, do CPC Br). O ordenamento confere tão elevado valor à solvência da dívida alimentar que aceita até mesmo a segregação do devedor, restritiva do direito fundamental à liberdade, como ferramenta destinada à efetivação do direito. A medida confere substancial efetividade à execução de alimentos, cf. GALINDO, Andrian de Lucena; MENEZES, Iure Pedrosa. Reflexões sobre as execuções de alimentos no direito hodierno. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BASTOS, Antonio Adonias (org.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. P. 165-186. Salvador: Juspodivm, 2012. P. 174.

²⁷⁷ Cf. LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. P. 170.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P.69.

imaginações legislativas, pois o legislador, por mais virtuoso que seja, não tem o dom divino da onisciência²⁷⁹.

Conforme assinalou HART, em alegoria eloquente, “situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação de uma regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar seus próprios casos de aplicação”²⁸⁰.

Diante da impossibilidade de prever *ex ante* e abstratamente as múltiplas necessidades de procedimentos para a tutela dos direitos, os sistemas processuais devem estabelecer, em maior ou menor extensão, mecanismos para realização do princípio da adequação em suas dimensões jurisdicional e negocial²⁸¹.

3.4.2. Sistemas de adequação do procedimento

Tomados como critérios classificadores a) o interveniente processual autorizado para a promoção da adequação e b) os instrumentos utilizados para o desempenho da função, identificam-se quatro sistemas voltados à realização em concreto da adequação²⁸².

No *sistema de adequação judicial legal alternativa* várias opções procedimentais são previstas na lei, à disposição do juiz, competindo ao magistrado a eleição da mais adaptada ao caso concreto, respeitado o direito de contraditório-influência das partes, as quais deverão, em regra, ser ouvidas

²⁷⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 20.

²⁸⁰ Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. P. 139.

²⁸¹ Inadmitir adequação concreta implicaria colocar o valor justiça em segundo plano e aceitar, em pleno século XXI, a assertiva de MONTAIGNE, no sentido de que “a autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder; não tem outra base, e essa lhes basta.” MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaíos*. V. 3. 2ª ed. Trad. Sérgio Milliet. Brasília: UnB, 1987. P. 354.

²⁸² GAJARDONI adotou classificação em alguma medida compatível com a que será exposta, acolhendo a denominação “sistemas de flexibilização procedimental”. De modo a manter a harmonia com a terminologia adotada nesta investigação, prefere-se “sistemas de adequação procedimental”. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 137 e ss.

previamente. As possibilidades abertas ao juiz são restritas²⁸³, pois as variantes possíveis são traçadas abstratamente *ex ante* pelo legislador^{284, 285}.

No *sistema de adequação judicial legal genérica* a lei estabelece mediante cláusula geral uma autorização ao juiz para conformar o procedimento de acordo com as necessidades do caso concreto, também observado o contraditório²⁸⁶. Tem o juiz, neste sistema, ampla liberdade para conformar os atos em seu modo e sequência, atentando às finalidades do processo, respeitados os limites impostos pelas garantias processuais.

Considera-se genérica tanto a cláusula que autoriza adequação no ordenamento processual como um todo (conforme previsão do art. 547º do CPC Pt), quanto a que permite conformação apenas em algum de seus microssistemas (conforme art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, Lei nº 8.069/90, que autoriza o juiz a criar o procedimento necessário se não houver um rito adequado previsto no sistema²⁸⁷).

Ainda que ausente qualquer previsão legal a respeito da possibilidade do juiz adequar o procedimento, decorre da conformação atual do princípio do processo equitativo o reconhecimento de um *sistema de adequação judicial principiológica*²⁸⁸. De modo a empoderar o juiz para o cumprimento da

²⁸³ FARIA e LOUREIRO advogaram a existência no direito português de normas habilitadoras, ou “normas ferramenta”, inseridas em instituto específico, destinadas à concretização da gestão processual, inseridas referidas normas no contexto de uma gestão processual tipificada. Lado outro, conceberam também uma gestão processual atípica, tendo por conteúdo normas habilitadoras mais abrangentes, verdadeiras “ferramentas multiusos”. Estas concepções em muito se aproximam dos conceitos de adequação alternativa e genérica objeto do texto. Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 43-44.

²⁸⁴ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 158.

²⁸⁵ BRITO não considerou “verdadeiros casos de adequação formal” as hipóteses em que se faculta ao juiz “optar entre tramitações processuais alternativas”. Não se pode censurar o autor, tendo em vista que estudava uma típica ferramenta de adequação genérica: o art. 265º-A do CPC de 1995. Cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). *Aspectos do novo processo civil*. P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 40.

²⁸⁶ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 140.

²⁸⁷ Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

²⁸⁸ Para GAJARDONI denominado de modo mais sintético “sistema de flexibilização procedimental judicial”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 138.

promessa constitucional de entregar tutela adequada material e procedimentalmente, e por derivação dos princípios constitucionais da eficiência, processo equitativo e acesso à justiça, se reconhece existência e força normativa ao princípio (implícito) da adequação formal judicial. Ao lado do princípio surge como regra operacional cláusula geral de adequação formal judicial, a qual autoriza o juiz a promover alterações no procedimento, nos moldes da adequação legal genérica, sempre que necessário à concessão da tutela justa e tempestiva.

Eventual omissão do legislador não pode justificar a omissão do juiz, antes deve demandar dele uma postura ativa. Se o direito fundamental à tutela jurisdicional, para ser realizado, demanda um poder suficiente para a tutela que não se encontra previsto na lei, a “ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à ação da jurisdição”. Nesse cenário incumbe ao juiz, para realizar sua missão de tutelar direitos, tomar medidas para afastar os efeitos deletérios da omissão inconstitucional²⁸⁹.

Este sistema se aproxima do sistema da liberdade das formas, se considerados os amplos poderes-deveres do juiz, mas dele se afasta na medida em que aqui se reconhece a subsidiariedade da incidência, ao passo que no sistema da liberdade o juiz parte de um “grau zero” procedimental e cria *ab initio* o rito. Do mesmo modo que na adequação judicial legal genérica, nesta vertente principiológica o juiz atua apenas em caráter excepcional, mediante condicionamentos rigorosos, e tendo por ponto de partida o procedimento legal²⁹⁰. Preserva-se, por conseguinte, um sistema de legalidade temperada das formas.

Por fim, quando a lei permite às partes, mediante acordo de vontades, alterar forma ou sequência de atos processuais, de forma restrita (adequações típicas) ou ampla (adequação atípicas com fundamento em cláusula geral)²⁹¹,

²⁸⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P. 76.

²⁹⁰ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 138 e 183.

²⁹¹ CUNHA descreveu os negócios processuais típicos, dos quais as adequações negociais são espécies, como aqueles nos quais o regime é regulado em lei, e alinhou 30 hipóteses

mesmo que em caráter excepcional e sujeito a condicionamentos, se reconhece um *sistema de adequação negocia*²⁹².

Por evidente, estes sistemas não se apresentam em formas puras, e de forma esquemática são apresentados apenas para fins didáticos. O comum é que os ordenamentos processuais se utilizem das ferramentas características destes sistemas de forma mesclada e ponderada.

Com vistas a demonstrar o modo como se harmonizam e se entrelaçam os sistemas, apresenta-se a seguir a forma como o balanceamento se faz nos ordenamentos processuais português e brasileiro.

O ordenamento português contempla desde o CPC de 1995 cláusula de adequação formal legal genérica (antigo art. 265^o-A, atual art. 547^o), e por isso despiciendo, em perspectiva prática, lançar mão de princípio constitucional. Lado outro, existem diversas normas autorizativas de acordos procedimentais entre as partes²⁹³, bem como ferramentas específicas para adequação judicial²⁹⁴.

Em Portugal, portanto, vigora um sistema em que se destaca poderosa cláusula de adequação formal legal genérica, temperada por ferramentas

constantes do CPC Br. Em contraponto, admitiu a existência de negócios atípicos engendrados pelas partes, a despeito da ausência de detalhamento legal, desde a vigência do CPC revogado de 1973. Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. P. 27-62. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁹² Prefere GAJARDONI a expressão “flexibilização procedimental voluntária”. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 215 e ss. O termo “negocial”, todavia, tem maior aceitação na doutrina brasileira, que em sua maioria tem estudado os pactos derivados do art. 190 como negócios jurídicos processuais. Para um estudo aprofundado do conceito e terminologia, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 144 e ss. Em diverso sentido, preferindo o *nomem iuris* “convenção”, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 51-58.

²⁹³ O Decreto-lei nº 242/85, de 9 de julho, inseriu no CPC Português um dispositivo que autorizava as partes a promover acordos de procedimento em amplas bases, tendentes à simplificação do processo e limitação da participação do juiz apenas à fase da instrução (art. 464^o-A). O permissivo legal chegou a ser ampliado mediante Decreto-lei nº 211/91, de 14 de junho, que aprovou o Regime do Processo Civil Simplificado, mas a reduzida aplicação conduziu a posterior revogação com a edição do CPC de 2013 (art. 4^o, b, da Lei nº 41/2013, de 26 de junho).

²⁹⁴ V.g., o saneamento e organização do processo podem ser realizados por escrito ou em audiência prévia, consoante balizas do art. 591^o e seguintes do CPC Pt. A interpretação destes preceitos “deve ser dominada por considerações de utilidade”. Cf. FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3^a ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 172.

específicas de adequação judicial e negocial²⁹⁵, esta última apenas na forma típica.

No ordenamento brasileiro, diversamente, não há cláusula geral de adequação judicial legal genérica. Previsão neste sentido, constante do projeto original do novo CPC foi mitigada, quiçá descaracterizada, no texto final²⁹⁶, a despeito do apoio da mais abalizada doutrina²⁹⁷. Prevaleceu corrente ideológica mais afinada com o ideário garantista, receosa de possíveis arbítrios decorrentes do aumento do poder do juiz.

Congruente com a ideia de um processo democrático, entendido este como processo atributivo de substanciais oportunidades de atuação eficaz às partes, o CPC Br, ao lado das já tradicionais previsões legais de acordos procedimentais típicos²⁹⁸, consagrou uma inédita cláusula geral de adequação formal negocial. Referida cláusula permite “às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às necessidades da causa”, se o processo versar “sobre direitos que admitam autocomposição”, incumbindo ao juiz apenas “controlar a validade”, podendo recusar aplicação apenas “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão

²⁹⁵ Admitindo os negócios processuais para adequação do procedimento na doutrina portuguesa, cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 172-173.

²⁹⁶ Constava de Projeto de Lei do Senado (PLS 166/10) cláusula geral nos artigos 107 e 151, *verbis*: “Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V- adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 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”. O CPC aprovado em 2015 conferiu poderes de adequação genéricos apenas para dilatação de prazos e modificação de ordem de produção probatória, nos termos do seguinte artigo: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”.

²⁹⁷ Entre outros, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. Revista de Processo, ano 24, nº 96, p. 59-69, out./dez. 1999. P. 66; DIDIER JR., Fredie. Princípio da adequação jurisdicional do processo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. P. 153-164. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 160.

²⁹⁸ V.g., eleição negocial de foro (art. 63), calendário processual (art. 191), adiamento negociado da audiência (art. 362, I), escolha consensual do perito (art. 471), acordo de suspensão do processo (art. 313, II).

ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”²⁹⁹.

Prevalece na doutrina brasileira o reconhecimento da existência de cláusula geral de adequação formal judicial extraída diretamente do texto constitucional³⁰⁰. Ou seja, admite-se vigorar no Brasil ferramenta típica do sistema de adequação principiológica.

Por conseguinte, encontrada no Brasil ampla gama de mecanismos de adequação formal, associadas aos quatro sistemas anteriormente expostos, em convivência cuja harmonia ainda deverá ser atestada com o decurso do tempo. Há ampla possibilidade de adequação por parte do juiz, seja em virtude de ferramentas específicas (adequação legal alternativa), ferramentas genéricas para alguns microssistemas procedimentais, ou ainda mais amplas de natureza principiológica. Em hierarquia não definida claramente em lei, convive com a adequação judicial a ampla possibilidade de adequação negocial típica ou atípica.

3.4.3. Apuramento conceitual da adequação formal judicial

Assentada a prioridade da adequação pelo legislador, e a subsidiariedade da adequação a ser promovida pelo juiz e partes, registra-se em corte epistemológico que doravante referências ao princípio da adequação não contemplarão o dever de construção pelos legisladores de procedimentos

²⁹⁹ Art. 190 do CPC Br.

³⁰⁰ Admitem no Brasil a possibilidade de controle da adequação formal pela via de princípio extraído da constituição GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 183; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 172-173; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 83; BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 156-157; DIDIER JR., Fredie. Princípio da adequação jurisdicional do processo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. P. 153-164. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 156; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 84. Em sentido contrário cfr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 88.

adequados. É dizer: tratar-se-á da adequação em suas dimensões concretas, em especial da atividade conformadora a ser exercida por magistrados, com ou sem colaboração das partes. A adequação negocial merecerá estudo apenas na análise de possíveis conflitos com a adequação judicial, ou quanto nela intervier o juiz.

Registre-se ainda a preferência pelo adjetivo “*judicial*”, em detrimento de “jurisdicional”, adotado por DIDIER JR. e exposto supra. A referência ao juiz, e não ao poder estatal, se afigura mais clara e mais aderente à atividade conformadora.

Explicitar tratar-se de ato promovido pelo juiz também se mostra relevante quando se observa, cada vez mais, autorizações no ordenamento para a prática de modificações no procedimento por acordos firmados entre outros sujeitos do processo – as partes –, com ou sem interveniência judicial.

Em esforço para delimitar o objeto da investigação outro adjetivo se deve agregar ao conceito. Com o fito de afastar a possibilidade de interpretação extensiva, tendente a incorporar possibilidade de flexibilização do direito material em litígio, explicita-se de pronto que o objeto da investigação limita-se a adequação *formal*, é dizer, dos atos do procedimento, em perspectiva estática ou dinâmica.

Observou com percuciência CAPPELLETTI que a tendência de aumentar os poderes dos juízes de controlar e dirigir o processo não pode se confundir com uma vertente do pensamento publicístico muito mais radical, a qual vislumbra possibilidade de alteração pelo juiz também do direito substantivo, com fundamento nos mais diversos argumentos políticos e sociais. O autor italiano ressaltou, corretamente, que os poderes judiciais de direção e controle do processo revestem-se de caráter meramente formal, não implicam poder de violar o princípio dispositivo, permanecendo a determinação do objeto material do processo à disposição das partes³⁰¹.

Também importante observar que outra vertente do princípio, destinada a promover a adequação da *tutela jurisdicional* às necessidades concretas do

³⁰¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. P. 50-51.

litígio, não será objeto desta investigação³⁰². O procedimento é uma espécie de técnica processual voltada à tutela dos direitos, técnica processual “autônoma”, nas palavras de MARINONI, quando em cotejo com outras técnicas, tais como as decisões antecipatórias e cautelares, sentenças e meios executivos³⁰³. A partir da distinção adotada, e com fins exclusivamente didáticos, proceder-se-á o estudo da adequação de uma das técnicas, o procedimento, com exclusão de outras, os provimentos finais, cautelares e antecipatórios reunidos sob conceito de tutela jurisdicional.

Afastadas as demais dimensões e vertentes do princípio da adequação, volta-se a atenção ao elemento central da investigação: a adequação formal judicial.

Também nesta etapa da investigação o ordenamento português será tomado como referência, tendo em vista a) a tipificação legal da adequação formal judicial; b) a tipificação legal da gestão processual, instituto mais abrangente e de análise obrigatória quando do estudo da adequação; c) a congruência da disciplina legal portuguesa com a melhor doutrina a respeito da adequação formal judicial.

Estabelece o art. 547º do CPC português o dever do juiz de “adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

Enuncia-se, a partir deste texto legal, o conceito de adequação formal judicial adotado nesta investigação. Trata-se de princípio, na medida em que estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado, mas também regra, estruturada como cláusula geral, consistente no *poder-dever do juiz de conformar o procedimento de acordo com as especificidades da causa*,

³⁰² Cf. DIDIER JR., Fredie. Princípio da adequação jurisdicional do processo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. P. 153-164. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 155.

³⁰³ Por evidente, referidas técnicas se relacionam, e se imbricam em muitas perspectivas. Para ampla análise do conceito de técnica processual. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 113-116, 149-150 e *passim*.

mediante adaptação de conteúdo, forma e sequência dos atos processuais às finalidades do processo, assegurado o processo equitativo.

A adequação formal judicial tem sido tratada com profusão pela doutrina brasileira, e com denominações diversas. A preferência parece repousar sobre a expressão “princípio da adaptabilidade do procedimento”³⁰⁴. Contudo, há quem prefira “princípio da adequação formal do procedimento”³⁰⁵, “poderes na adaptação do procedimento”³⁰⁶, e ainda se identificam na doutrina referências a “princípio da elasticidade processual”³⁰⁷. Além disso, se mostra corrente na doutrina a expressão “flexibilização procedimental” como técnica para ajuste do procedimento às necessidades da causa³⁰⁸.

A despeito de tantas variações, preferível a expressão consagrada na lei portuguesa com o CPC de 1995 (art. 265º-A), e uníssona na doutrina lusitana – “adequação formal” – acrescida do adjetivo “judicial”.

Conforme já assentado, a cada um dos sistemas de adequação correspondem ferramentas necessárias e suficientes para a consecução do poder-dever conformador. Incumbe ao juiz, por conseguinte, utilizar-se dos instrumentos necessários à conformação do procedimento de acordo com os poderes-deveres conferidos pelo ordenamento: instrumentos de adequação formal legalmente previstos de modo completo e específico (adequação formal legal alternativa), instrumentos de adequação formal genericamente previstos, para a totalidade do ordenamento processual ou para algum de seus microsistemas (adequação formal legal genérica), instrumentos de adequação

³⁰⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 60; CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. *Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil*. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. P. 484-521. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 484; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 135; DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. *Gênese*, nº 21, p. 530-541, jul./set. 2001. P. 538.

³⁰⁵ Cf. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 56.

³⁰⁶ Cf. BALEOTTI, Francisco Emilio. *Poderes do juiz na adaptação do procedimento*. *Revista de Processo*, nº 213, ano 37, p. 389-408, nov. 2012. P. 400.

³⁰⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 117.

³⁰⁸ Cf. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, V. VI, nº 6, P. 135-164, 2010. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570. Acesso em 9.9.2016.

formal genericamente autorizados por princípio constitucional não dependente de concretização legal (adequação formal judicial principiológica), e instrumentos para conformação do procedimento mediante acordo com as partes (adequação formal negocial).

O esforço por uma delimitação conceitual e funcional mais precisa deve prosseguir mediante investigação de categorias afins, o que se passa a fazer no tópico seguinte.

3.4.4. Delimitações conceituais e funcionais de conceitos afins: direção formal, gestão processual e princípio inquisitório

3.4.4.1. Da direção formal à gestão processual

Conforme já afirmado em tópico anterior³⁰⁹, a ideia de gestão processual, embora ainda se apresente em Portugal como categoria em construção³¹⁰, se afigura mais ampla e abrangente que os conceitos de direção formal, adequação, e poderes inquisitórios (estes são instrumentos operativos daquela).

Mas a assertiva precisa de melhor qualificação e justificativa, o que será objeto deste tópico, pois se faz necessário extremar as diferenças e mostrar como se relacionam as categorias jurídicas, mormente quando se reconhece, o que aqui se faz de partida, a) a imbricação das categorias; b) a acelerada modificação legal na matéria; e c) a grande variedade de perspectivas doutrinárias e legais.

³⁰⁹ Cf. cap. 2.5.

³¹⁰ A dificuldade no tratar da matéria foi bem identificada por ISABEL ALEXANDRE: “O dever de gestão processual constitui tema de abordagem difícil, na medida em que parece expressar vários deveres que, ao menos no nosso direito, têm natureza distinta”, e se trata de “figura relativamente recente” (...) “relativamente à qual ainda não pode haver muita experiência”, (...) “importada de ordenamentos que tem pouco em comum com o português”. Cf. ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013. P. 87.

Mostra-se adequado tomar como ponto de partida a legislação e doutrina portuguesas, notadamente tendo em vista o desenvolvimento legal autônomo de todas estas categorias jurídicas em Portugal ao longo do último século, o que não se verifica na maior parte dos demais sistemas.

Prefere-se adotar como linha demonstrativa a enunciação imediata das conclusões, para em seguida relacionar as razões. Demonstrar-se-á ao final que os poderes-deveres diretivos a) surgiram com a viragem publicística amalgamados com os poderes inquisitórios; b) foram aumentados em todas as reformas promovidas desde então; c) tiveram seu maior incremento com a positivação do poder-dever de adequação formal (CPC de 1995); d) subordinaram-se ao poder-dever de gestão, tornando-se dele instrumento e parte integrante, com o CPC de 2013, ocasião em que promovida legalmente a separação conceitual em relação ao princípio do inquisitório.

O poder-dever de direção formal do processo consta das normas portuguesas há quase um século, em crescente evolução que o tornou a cada reforma mais abrangente e sofisticado, conforme demonstrou a análise em capítulo inicial desta investigação.

Não é inovadora, portanto, a ideia de que incumbe ao magistrado a tarefa de zelar pelo regular andamento do feito. Em Portugal exerceu e ainda exerce muita influência neste tema o magistério de ALBERTO DOS REIS. O mestre português, para justificar a concessão de poderes-deveres diretivos ao juiz, sustentou que no exercício da jurisdição o Estado tem “um interesse a defender e uma função a desempenhar: assegurar a realização do direito objetivo, fazer triunfar a justiça”, e portanto incumbe ao juiz a missão de tornar a atividade judiciária “tão pronta, tão completa e tão perfeita quanto possível”. Por conseguinte, imperativo “assinar ao juiz um papel activo, uma intervenção directa e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo”. Ou seja, necessário “colocar o juiz em condições de dirigir convenientemente a causa, há que assegurar-lhe no processo uma posição tal que lhe permita encaminhar

prontamente o litígio para uma solução final que, por ser rápida, não deixe de ser justa”³¹¹.

Em seu núcleo essencial, a ideia de direção formal como instrumento necessário à condução célere do processo rumo a decisão justa não se alterou, mas houve transformação em seu perfil, decorrente em especial do desenvolvimento das ideias vinculadas a adequação e gestão.

Uma revisão em síntese da evolução normativa portuguesa da direção formal se mostra apropriada à análise, porquanto expõe dinamicamente o modo como, tendo por premissa a necessidade de se reforçar os poderes do juiz, transformou-se a legislação.

Surgiu o poder-dever de direção com o Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro (art. 27º)³¹² e foi reproduzido, sem inovações substanciais, até os dias de hoje, nas principais normas processuais editadas em Portugal a partir daquela data. Manteve-se no Decreto nº 21.287/32, de 26 de maio³¹³, no CPC de 1939 (art. 266º)³¹⁴, no Decreto-lei nº 44.129, de 28 dezembro 1961 (formalmente o “CPC DE 1961”, art. 266º)³¹⁵, no CPC de 1995 (já com o reforço dos poderes-deveres de adequação formal, art. 265º e 265º-A)³¹⁶, e

³¹¹ Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 208.

³¹² Art. 27º. A instrução do processo pertence às partes, mas sob direção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça.

³¹³ O art. 14º citado reproduziu o texto do art. 27º transcrito na nota anterior.

³¹⁴ Art. 266º. (Poderes do juiz para tornar pronta a justiça) A justiça deve ser pronta. Ao juiz cumpre remover todos os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que fôr impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que for necessário para o seguimento do processo.

³¹⁵ Art. 266º (Poderes do juiz para tornar pronta a justiça) Cumpre ao juiz remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que, sem prejuízo no disposto no nº 1 do artigo 264º, se mostre necessário para o seguimento do processo.

³¹⁶ Art. 265º (Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório) 1. Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório. 2. O juiz providenciará, mesmo officiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los. Art. 265º-A (Princípio da adequação formal) Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, officiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

CPC de 2013 (art. 6º, nº 1 e 2, 547º, já em conjunto e imbricado com a disciplina da adequação e da gestão)³¹⁷.

Em sua acepção tradicional, o poder-dever de direção ativa pode ser compreendido mediante enunciação de um princípio e de derivadas regras instrumentais.

Os textos consagraram como ideia nuclear e fundante o princípio da atividade permanente e intensiva do juiz³¹⁸, *a estipular um padrão ativo de conduta judicial*, permanentemente vigilante e responsável pelo andamento regular do feito, bem como *objetivos a serem alcançados* – processos rápidos, simples e econômicos conducentes a decisões justas e conformes à verdade.

O estado ideal de coisas previsto haveria de ser alcançado mediante aplicação de regras específicas, derivadas do princípio e previstas nos códigos de modo explícito. Incumbia o juiz, em virtude das atribuições diretivas, recusar a produção de provas impertinentes, providenciar a sanação de pressupostos processuais, praticar atos para a remoção de obstáculos ao regular andamento do feito, consoante dispositivos citados, sem prejuízo de adoção de medidas atípicas, para o alcance do fim estipulado.

Mas essa anunciação, aparentemente simples, esconde manifesta cacofonia. Diversificadas eram e ainda são as formas de se entender os poderes-deveres diretivos, em sua necessária inter-relação com princípios, “poderes” e regras conexos.

As divergências em grande medida derivam do inconstante tratamento dado pelo legislador ao tema, conforme referências breves podem demonstrar.

³¹⁷ Artigo 6º (Dever de gestão processual) 1. Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2. O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo. Artigo 547º (Adequação formal) O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

³¹⁸ Cf. MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROÇA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 392.

O Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, embora tenha referido no preâmbulo a adoção do “princípio da actividade jurisdicional”³¹⁹, não repetiu a referência em epígrafe³²⁰.

O CPC de 1961 consagrou de forma autônoma em dispositivos específicos o “poder inquisitório do juiz” (art. 264º, nº 3) e “os poderes do juiz para tornar pronta a justiça” (art. 266º) consignando as denominações nas respectivas epígrafes.

O CPC de 1995 referiu-se na epígrafe do art. 265 ao “poder de direcção do processo e princípio do inquisitório”, disciplinando o “poder” nos nº 1 e 2, e o “princípio” no nº 3. A adequação formal, instrumental em relação à atribuição diretiva do juiz, paradoxalmente recebeu em epígrafe a classificação de “princípio” (art. 265º-A).

No CPC de 2013 os textos disciplinadores da direcção formal foram reunidos no art. 6º sob epígrafe “dever de gestão processual”. O texto atinente ao princípio do inquisitório foi mantido, bem assim o registro na epígrafe, mas deslocada a disciplina para o capítulo pertinente a provas (art. 411º). A adequação formal, ao menos na epígrafe, perdeu o *status* de princípio (art. 547º), mas a redacção do texto foi mantida quase na integralidade.

A tendência evolutiva, portanto, é clara e fundada no reforço dos poderes diretivos. Todavia, as reformas não primaram pela precisão terminológica, e mesmo o CPC de 2013 se afasta da melhor doutrina neste ponto.

As imprecisões conceituais incorridas ao longo da história são evidentes e dispensam maiores digressões. Em grande medida se explicam pelo fato de se tratar de dogmática em construção, necessariamente acidentada e não linear. A concepção de princípio, no tocante a sua força normativa e interação com as regras, quando da viragem publicística era bem diversa da atual. Também as cláusulas gerais e os poderes-deveres do juiz são categorias jurídicas bastante modificadas ao longo do tempo das reformas estudadas.

³¹⁹ Em terminologia a ser rejeitada, pois de reduzida significância, considerando que o juiz árbitro também exercia atividade, embora de modo passivo e insuficiente.

³²⁰ As epígrafes, preâmbulos e exposições de motivos, embora de reduzido valor normativo, ajudam a mostrar o modo como o legislador compreende a norma em potência contida no texto e, por conseguinte, auxiliam a função interpretativa. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 266.

Mais interessa elucidar com profundidade a disciplina atual, e ver se as categorias envolvidas na investigação, após o acidentado percurso, se acomodaram adequadamente na lei posta, tendo por parâmetro a delimitação posta como correta para o procedimento.

Do exposto denota-se que a legislação portuguesa, após a última reforma, adequou-se à melhor doutrina ao abraçar o conceito de gestão, conferindo-lhe ampla magnitude e papel central no que tange os poderes do juiz no processo. A gestão processual consagrou-se como princípio, a despeito de assim não denominada expressamente no CPC, e trave mestra de um novo paradigma processual.

Os poderes-deveres diretivos passaram a fazer parte do conceito de gestão processual, na qualidade de instrumento, e esta afirmativa se justifica por razões várias.

Primeiro, a análise literal do dispositivo leva a esta conclusão, pois os poderes anteriormente expressamente denominados “de direção do processo”, constantes do art. 265º do CPC de 1995, foram transpostos com singelas alterações para artigo cuja epígrafe remete ao “dever de gestão”.

Em segundo lugar, de se ter em conta a carga semântica ampla já associada pela doutrina aos poderes do *case management* previstos no direito inglês³²¹, inspiração direta do conceito de gestão processual³²²⁻³²³, que incluem os poderes diretivos.

³²¹ As regras inglesas atribuem ao juiz diversas responsabilidades na missão de gerir processos, entre as quais “promover o fluxo ágil do processo, fixar prazos e controlar o andamento do processo de outras maneiras, dar instruções que levarão o caso a julgamento o mais rápida e efetivamente possível”. Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 74-75.

³²² A “importação” do *case management* para o direito português foi afirmada, com razão, por ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013. P. 87.

³²³ Para MARIANA GOUVEIA o dever de gestão inspirou-se no princípio nº 14 dos Princípios do Processo Civil Transnacional, trabalho doutrinário propositivo elaborado pelo American Law Institute e UNIDROIT, com seguinte teor: “14. (Court Responsibility for Direction of the Proceeding) 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute. 14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties. 14.3 The court should determine the order in which issues are to

Por fim, relevante registrar a existência de normas comunitárias orientadoras do reforço dos poderes judiciais na busca por celeridade e eficiência³²⁴. A busca pela eficiência jurisdicional pela via da gestão³²⁵ situa-se em posição de destaque no rol de objetivos da Comunidade Europeia, e a interpretação das normas internas não pode se afastar deste significativo elemento. Se nem sempre é possível atribuir efeito vinculante aos atos comunitários, administrativos ou normativos, certamente o efeito persuasivo sobre o intérprete haverá, em exegese não só sistemática e teleológica, pois foi-se o tempo do “orgulhosamente sós”³²⁶, e a soberania agora se mede com réguas mais complexas e flexíveis.

be resolved, and fix a timetable for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. A acção especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 140. A inspiração proveio de ambos os textos, mas a influência do *case management* se afigura maior, porquanto trata-se de instituto mais antigo, em que pese a nova dimensão dada pelas CPR em 1998.

³²⁴ Em especial a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa nº R 84 (5), que aprovou os “Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice”, cabendo destacar os princípios 3 e 9, que orientam o reforço dos poderes diretivos e de gestão, para incrementar celeridade e eficiência, nos seguintes termos: “Principle 3. *The court should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings, while respecting the rights of the parties, including the right to equal treatment. In particular, it should have proprio motu powers to order the parties to provide such clarifications as are necessary; to order the parties to appear in person; to raise questions of law; to call for evidence, at least in those cases where there are interests other than those of the parties at stake; to control the taking of evidence; to exclude witnesses whose possible testimony would be irrelevant to the case; to limit the number of witnesses on a particular fact where such a number would be excessive. These powers should be exercised without going beyond the object of the proceedings*”. (...) Principle 9. The most modern technical means should be made available to the judicial authorities so as to enable them to *give justice in the best possible conditions of efficiency, in particular by facilitating access to the various sources of law and speeding up the administration*”. No mesmo sentido aponta a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa nº R 81 (7): “C. Acceleration. 8. *All measures should be taken to minimise the time to reach a determination of the issues. To this end steps should be taken to eliminate archaic procedures which fulfil no useful purpose, to ensure that the courts are adequately staffed and they operate efficiently, and to adopt procedures which will enable the court to follow the action from an early stage*” (grifos não constam do original).

³²⁵ Gestão implica em busca por eficiência porque sempre e invariavelmente está vinculada ao “uso racional e controlado de meios”. Cf. MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?*. RLJ, ano 145, nº 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015. P. 82.

³²⁶ Os conceitos de soberania consolidados no século XIX demandam uma releitura. As Constituições não mais estão no topo da pirâmide kelseniana e as decisões e normas comunitárias, para além da força persuasória, contém variados graus de cogência. Nesse sentido a advertência de CABRAL: “o que caracteriza o papel dos juízes na Europa comunitária é o facto de, para além da sua condição de juízes que aplicam a Constituição, serem também os aplicadores dos princípios veiculados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e pelo direito da U.E. É preciso enfatizar que a força legal dos diferentes textos fundamentais — sejam eles a Constituição, a Convenção ou os Tratados Constitutivos das Comunidades e da União Europeia deriva precisamente da intervenção dos diversos Tribunais — sejam estes os Tribunais Supremos ou Constitucionais dos respectivos Estados Europeus, seja o Tribunal de

Dizer que os poderes-deveres diretivos são instrumento de gestão é dizer que não há identidade entre os conceitos, e ainda implica promover vinculação funcional subordinante. E se não há identidade, prosseguindo na doutrinação distintiva torna-se imperativo em o que significa a gestão processual para além dos poderes diretivos.

3.4.4.2. O princípio da gestão processual

O Federal Justice Center, entidade norte-americana dirigida à formação e pesquisa judiciária em nível federal nos EUA, fez publicar em 2006 um manual de boas práticas processuais, e anunciou na abertura as dificuldades de conceituar a gestão processual (case management), porquanto o conceito representaria coisas diferentes para pessoas diferentes³²⁷. De modo pragmático, os elaboradores SCHWARZER e HIRSCH optaram por trabalhar com um núcleo essencial de sentido da expressão para designar a gestão como uso de ferramentas processuais com “equidade e bom senso” em ordem a alcançar o objetivo do sistema judicial fixado nas Regras Federais de Processo, a saber, “assegurar a justa, célere e econômica resolução de todas as ações”³²⁸.

Dessa essência não transbordam os doutrinadores quando intentam conceituar a gestão processual: explicitam os objetivos, de um lado, e os instrumentos postos a disposição do gestor, de outro. Nesta linha TEIXEIRA DE SOUSA asseverou: “A gestão processual visa diminuir custos, o tempo e a complexidade do procedimento. Esta gestão pressupõe um juiz empenhado na

Estrasburgo. A Europa, partindo de uma ambição inicial de natureza económica, criou uma União cujo Tribunal de Justiça logrou consagrar, por efeito da sua interpretação do ordenamento jurídico comunitário, um ordenamento que, em bloco e a modo de Direito Constitucional Federal, tem supremacia sobre o Direito dos Estados membros da União”. Cf. CABRAL, José António Henriques dos Santos. *Constituição e Jurisdição: novos desafios e velhas questões*. Julgar, nº 13, p. 11-28, 2011. P. 20.

³²⁷ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 116.

³²⁸ SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. *Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes*. Trad. Paulo Ramos de Faria. Julgar, nº 19, p. 189-206, 2013. P. 189.

resolução célere e justa da causa e traduz-se num aspecto substancial – a condução do processo – e num aspecto instrumental – a adequação formal”³²⁹.

Não obstante, parte da doutrina portuguesa registra algumas interpretações minimalistas do conceito de gestão processual, tendentes a conferir reduzida significação à dimensão histórica, sistemática e operacional do instituto.

MOREIRA vislumbrou o dever de gestão processual como coincidente “na essência e quase integralmente” com a disciplina prevista nos artigos 265º e 265º-A do CPC, vigentes à época³³⁰. Teriam mudado os rótulos, mas não o dever imposto ao juiz.

A visão de ISABEL ALEXANDRE e LEBRE DE FREITAS não diverge desse entendimento, referindo existir como atividade de gestão, para além das tarefas já previstas como diretivas expressas na lei, “escassa margem para aplicação direta e autônoma”³³¹, além de agregação de atos e processos³³².

De modo oposto ao defendido nesta investigação RICARDO sustentou que o dever de gestão seria um “corolário” do poder de direção do processo e do princípio da adequação formal³³³.

TEIXEIRA, em análise do RPCE, apontou a gestão como operadora de “mero alargamento do princípio da adequação”, com base em “argumentos históricos, teleológicos e sistemáticos”³³⁴.

³²⁹ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, p. 10-14, Braga, CEJUR, jul./set. de 2013. P. 10.

³³⁰ Cf. MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil. In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 59-83. CEJ, 2013. P. 72.

³³¹ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, V. 1º. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 23.

³³² Cf. ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013.

³³³ Cf. RICARDO, Luís Carvalho. O dever de gestão processual: três anos de aplicação no Tribunal de Pequena Instância Cível do Porto. In: BRITO, Rita (org.). *Coleção de decisões e práticas judiciais ao abrigo do Regime Processual Civil Experimental*. P. 175-182. Braga: CEJUR, 2009. P. 177.

³³⁴ Cf. TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008. P. 22.

Afirma-se o minimalismo dos conceitos porque se vislumbra neles uma grande resistência à admissão do implícito-essencial do instituto. Neste cenário, justifica-se uma breve digressão sobre o tema, mormente porque a visão minimalista tende a identificar os conceitos de gestão e adequação, prejudicando a compreensão dos institutos em suas especificidades.

A epígrafe do artigo 6º do CPC Pt, em literal exegese, pode conduzir a entendimento insuficiente a respeito da extensão da gestão processual no ordenamento português³³⁵. A gestão processual é mais que um simples “dever”. É poder-dever, tendo em vista que para concretização do objetivo traçado a lei concede ao juiz ferramentas, e portanto o juiz se deve, também pode. É ainda, princípio, pois do texto em exegese sistemática se extrai o estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser atingido, positivamente valorado pelo ordenamento³³⁶.

Gestão processual é também o que está explícito no art. 6º do CPC Pt, mas é mais que isso.

O que o dispositivo diz abertamente é sugestivo: gestão comporta direção ativa para andamento célere, com promoção oficiosa de diligências, simplificação e agilização, dirigidas estas medidas à solução justa em prazo razoável³³⁷.

Todavia, o verdadeiramente revolucionário e essencial é justamente o que o dispositivo apenas sugere: a aposta na gestão processual implica uma mudança paradigmática da atuação judicial, que passa a ser fortemente centrada no foco por resultados e lastreada em conceitos até então valorizados apenas lateralmente (eficiência, simplificação, celeridade e organização).

³³⁵ Registra a epígrafe: “Dever de gestão processual”.

³³⁶ Expressamente referem-se à gestão processual como princípio, sem explicitar o motivo do enquadramento, MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?* RLJ, ano 145, nº 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015. P. 79; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 225;

³³⁷ Sem descurar que o processo moderno tem, ao lado de um fim público, também um fim privado. Cf. HABSCHEID, Walter J. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo: direito alemão e suíço*. Scientia Iuridica, T. XLI, nº 235/237, p. 123-127, 1992.p. 123.

O juiz gestor atua menos solitariamente e centraliza sua atuação na equipe, a qual lidera. Destaca-se não o produto de sua pessoa física, mas do *staff* por ele administrado, o qual labora pressionado por metas de performances institucionais satisfatórias³³⁸.

O dever de gestão conclama o juiz a assumir mais responsabilidades, associadas a novas competências relacionadas a assuntos administrativos nos quais se reconhecem fortes influências nos resultados da jurisdição. As atividades gestionárias (ou gerenciais) caracterizam-se também por uma demanda por transparência e prestação de contas (*accountability*) dirigida aos gestores, bem assim a responsabilização em diversos níveis na cadeia organizacional³³⁹.

Em síntese, o poder-dever de gestão promove a consagração de uma nova racionalidade para o exercício da função jurisdicional³⁴⁰, na qual observados os limites constitucionais e legais um juiz “*manager*, produtivo, plástico, pragmático e informal”³⁴¹ é provocado a administrar recursos, impelido por metas, sob controle social e com foco em resultados.

Há que se olhar o novo com os olhos do novo. Se pouco mudou o texto do CPC Pt, quanto aos poderes-deveres diretivos, a norma a ser dele extraída ampliou-se sensivelmente. Não se trata apenas de um novo rótulo. O conceito adequado e suficiente de gestão processual deriva do enfeixamento de poderes de *case management*, com os influxos semânticos dados por normas comunitárias e as influências horizontais³⁴² de outros ordenamentos europeus, e nesta acepção ampla deve ser entendido.

³³⁸ Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. P. 171-186. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 182.

³³⁹ Cf. MENDES, Luís Azevedo. *Uma linha de vida: organização judiciária e gestão processual nos tribunais judiciais*. *Julgar*, nº 10, p. 105-122, 2010. P. 111.

³⁴⁰ Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 22.

³⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. P. 171-186. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 183.

³⁴² A “circulação de modelos” denominada por comparatistas e assinalada por TARUFFO implica *interferências horizontais* entre os diversos sistemas, nas quais se realizam imitações “de um sistema ou modelo por parte de outros sistemas, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas heterogêneas”. As interferências horizontais são mais rápidas que

Ao olhar a gestão com os olhos velhos o intérprete verá apenas um diverso nome para um poder de direção processual já estabelecido desde 1926 em Portugal, por não conceber, ou admitir, porquanto envolto no espiral do solipsismo autorreferencial³⁴³, a inevitável mudança do papel do juiz na sinfonia de atuações dos intervenientes no processo.

Aprisionado à literalidade, olvidará as lições já quase centenárias de MAXILIANO, descurando que “os vocábulos só designam a face principal, a propriedade mais visível do objeto”, pois a “letra não traduz a ideia, na sua integralidade: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar do um produto intelectual semelhante, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir” e por isso “se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal”³⁴⁴.

Mas se analisada a gestão processual com carga semântica adquirida pelo conceito no contexto europeu, e em análise sistemática no contexto português, será possível perceber a referida mudança paradigmática. Para tanto se faz necessário considerar na exegese, de modo determinante, as ideias-chave que funcionam ao mesmo tempo como objetivo e fundamento da gestão³⁴⁵ – eficiência, simplificação, celeridade e organização – e admitir que na cláusula geral contida no art. 6º do CPC Pt, estão contidos os case management powers das CPR³⁴⁶, no que não conflitem com as garantias

as verticais, caracterizadas estas como por promoverem evoluções “segundo suas próprias linhas históricas”, “remanescendo dentro de si mesmo”. Cf. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apres. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 28.

³⁴³ Cf. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apres. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 30.

³⁴⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 117-118.

³⁴⁵ A expressão foi usada por MARIANA GOUVEIA, com sutil distinção em relação ao texto. Para a autora as ideias-chave seriam flexibilidade, simplificação e gestão, cf. GOUVEIA, Mariana França. A acção especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 139. Em outro texto GOUVEIA apresenta ideias-chave ligeiramente distintas, ao afirmar que gestão significa “adequação, eficiência e agilização”, cf. GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado: decreto-lei nº 108/2006, de 8 de junho*. Coimbra: Almedina, 2006. P. 32. A distinção é mais de forma que de fundo. Os conceitos estão fortemente relacionados.

³⁴⁶ CPR, Court’s duty to manage cases. 1.4. — (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes — (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the

processuais das partes, e “a justa composição do litígio em prazo razoável” identifica-se com o objetivo preponderante explicitado e discriminado na lei inglesa³⁴⁷.

À vista do exposto, adota-se como conceito de gestão processual o proposto por FARIA E LOUREIRO, considerada a harmonia entre as balizas legais e o tempero dado pelas influências das ideias-chave citadas. Referidos autores traduziram gestão processual como “direção activa e dinâmica do processo, tendo em vista, quer a rápida e justa resolução do litígio, quer a melhor organização do trabalho do tribunal”³⁴⁸.

Por fim, importa ressaltar que a gestão processual (case management) imbrica-se, em íntima relação, com a gestão de tribunais (court management), ambas componentes do conceito amplo de gestão. Este último conceito, também denominado gestão extra-processual³⁴⁹, será objeto desta investigação apenas no que revele alguma influência no poder-dever de adequação formal, pois implicaria um desvio de finalidade o revolvimento amplo da matéria, pois nesta fase ainda embrionária da dogmática a respeito do tema, mesmo a autonomia da gestão processual diante da gestão de tribunais é objeto de dissenso na doutrina³⁵⁰.

parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

³⁴⁷ The overriding objective 1.1. — (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable — (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate — (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.

³⁴⁸ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 42.

³⁴⁹ Para distinção entre gestão inter e extra-processual cf. RAPOSO, João Vasconcelos; COELHO, Luísa; CARVALHO, Luís Baptista; FERNANDES, Susana. *Gestão processual – experiência de serviço num mega-juízo*. Julgar, nº 20, p. 97-126, 2013. P. 100-101.

³⁵⁰ Cf. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 105.

3.4.4.3. Do gradual afastamento das disciplinas dos poderes-deveres de gestão/adequação e inquisitórios

Caracterizada a gestão processual como conceito mais amplo e abrangente que seu antecessor funcional – o poder-dever de direção formal do processo –, necessário explicitar a posição ocupada pelo princípio do inquisitório, e os poderes a ele associados, nesta dinâmica sinfonia conceitual.

O princípio do inquisitório, em atual dimensão, reflete a atribuição conferida ao juiz para tomada de iniciativa na busca de provas necessárias para o apuramento da verdade³⁵¹, e desde a viragem publicística encontra assento nos ordenamentos vinculados à tradição da civil law³⁵², em que pesem algumas resistências de parte da doutrina³⁵³, que vê na medida um risco de autoritarismo e quebra da imparcialidade³⁵⁴.

Persiste controvérsia sobre elementos conceituais e funcionais do princípio do inquisitório em Portugal, no tocante a suas vinculações com as noções de gestão, poderes diretivos e de adequação.

RODRIGUES identificou, de início, olvidando distinção doutrinária, sinonímia entre os princípios do inquisitório e da oficiosidade. Em momento seguinte, conceituou o princípio do inquisitório como “um dever de boa gestão

³⁵¹ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 176.

³⁵² Também no direito estadunidense e inglês. Em indispensável artigo sobre os poderes probatórios do juiz na Europa assinala Taruffo a irrelevância, na atualidade, da distinção entre sistemas processuais privatistas ou publicistas no tocante à análise dos poderes instrutórios do juiz. Em maior ou menor grau, aos juízes se reconhecem poderes instrutórios, pois não existem sistemas puramente adversariais. Cf. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apes. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 57-84, *passim*.

³⁵³ Denominados “revisonistas” por PICÓ I JUNOY, pretendem a revisão do encaminhamento publicista do processo civil, em geral, e do poder instrutório do juiz, em particular. Cf. JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 117-135. Valência: Tirant lo Blanch, 2011. P. 120 e *passim*.

³⁵⁴ Nesta linha proferiu PONTES DE MIRANDA crítica feroz, aduzindo que conceder poderes instrutórios amplos ao juiz “é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal. A Ordenação Processual Civil Austríaca não foi além do poder de recusar provas oferecidas pelas partes”. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974. P. 374.

processual”³⁵⁵, em acepção amplíssima, e relacionou de modo analítico os poderes elencados no art. 6º do CPC Pt como expressões do inquisitório³⁵⁶.

A controvérsia, portanto, está instalada. Podemos classificar as manifestações doutrinárias em duas correntes.

Quando ao modo como se vinculam os institutos, podemos identificar uma corrente *exclusivista*, segundo a qual as atuações jurisdicionais abrangidas pelo princípio do inquisitório estariam “fora do princípio da gestão processual”³⁵⁷, porquanto permaneceria a gestão processual como “gestão formal”, e uma corrente *inclusivista*, segundo a qual os poderes-deveres decorrentes do inquisitório se alinhariam como normas-ferramentas de gestão³⁵⁸, tendo em vista o fim último da gestão envolver aspectos materiais – o dever de decidir o mérito e realizar justiça³⁵⁹.

A história da evolução do instituto no decorrer das reformas permite uma melhor compreensão da questão, e um direcionamento seguro para o melhor entendimento.

No Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, não havia referência expressa ao princípio inquisitório. Contudo, entre os dez poderes-deveres conferidos explicitamente ao juiz no art. 28º, para realização dos objetivos expostos no art. 27º, encontravam-se alinhados alguns de cunho claramente instrutório, como o de “ordenar exames, vistorias e avaliações” (§ 3º), outros de cunho evidentemente diretivos, tal qual o de “ordenar a junção de causas entre

³⁵⁵ RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 87-94.

³⁵⁶ Também BRITO referiu-se ao princípio do inquisitório em “vertente de direção formal do processo pelo juiz”. Todavia, de se ter em conta a data do escrito, 1997, ocasião em que o inquisitório ainda estava formalmente posto no artigo destinado ao poder-dever de direção formal. Cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). *Aspectos do novo processo civil*. P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 37.

³⁵⁷ Cf. FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, V. 1º. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 23. Cf. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 142.

³⁵⁸ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 43 e 55, e *passim*.

³⁵⁹ MESQUITA vai além. Reconhece não só o alinhamento dos poderes probatórios do juiz entre os poderes de gestão como, à luz de citados poderes, identifica a existência do que denomina “gestão material”, tese não acolhida nessa investigação. Cfr. MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?* RLJ, ano 145, nº 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015. P. 88 e ss.

si conexas” (§ 10º), e uma boa parte de natureza mista, porquanto tangenciam a disciplina probatória ao passo que promovem o regular andamento do feito (cf. a possibilidade de recusa de diligência se entendida protelatória, prevista no § 7º)³⁶⁰.

Neste regime, pode-se afirmar que os poderes instrutórios do juiz se encontravam incorporados aos poderes diretivos, em compreensivo sincretismo, considerado o momento histórico embrionário na superação da passividade judicial.

O desenvolvimento da doutrina a respeito do papel instrutório do juiz promoveu a positivação nos códigos de 1939 e 1961, em dispositivos exclusivos. Em 1939 a epígrafe referia aos “poderes do juiz para a descoberta da verdade”, e em 1961, “poder inquisitório do juiz”. Em ambos havia cláusula geral autorizativa para produção das “diligências e actos necessários para o apuramento da verdade”.

O inquisitório ainda não era “princípio”, apenas “poder”, mas agora amplíssimo quanto aos meios de prova, observadas as restrições quanto aos fatos. Outrossim, ainda havia forte vinculação com os poderes diretivos, tanto que os poderes inquisitórios foram disciplinados em dispositivo que tratava da marcha do processo mediante impulso processual condicionado das partes.

No CPC de 1995 o inquisitório adquiriu *status* de princípio, conforme epígrafe do art. 265º (nº 3). Ao seu lado, no mesmo artigo, mas em itens distintos, o legislador consagrou a direção do processo como poder (nº 1 e 2), mas os poderes diretivos foram ampliados com a adoção da cláusula geral de adequação formal (art. 265º-A).

O diploma atualmente vigente consagrou significativa modificação formal. O princípio do inquisitório foi corretamente deslocado para o capítulo destinado às provas (art. 411º), enquanto as normas atinentes à direção formal foram

³⁶⁰ ALBERTO DOS REIS criou classificação dos poderes previstos no artigo citado com critério divisório pouco claro. Vislumbrou no texto poderes de inspeção e de promoção. Não o disse o mestre, mas aparentemente os poderes de inspeção compreenderiam atribuições judiciais de atuar para constranger as partes a solucionar vícios, e os de promoção abrangeriam hipóteses em que o magistrado atuaria diretamente, com reflexo circunscrito à esfera diretiva ou também na esfera probatória. Cf. REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. P. 211 e ss.

reproduzidas como integrantes do “dever de gestão processual”, objeto do art. 6º.

Atualmente, considerando a tendência observada ao longo do último século, e o direito atualmente posto, possível reconhecer quatro estágios na evolução da disciplina do princípio do inquisitório em Portugal³⁶¹, em sua relação com os poderes diretivos/de gestão.

Os poderes instrutórios do juiz surgiram na viragem publicística portuguesa, positivados pelo Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, como parte integrante do princípio da atividade intensiva e permanente do juiz e ao lado dos poderes diretivos.

Num segundo momento, desenvolveram-se e lograram autonomia no CPC de 1961, quando identificados especificamente como poderes do juiz em cláusula geral autorizativa da determinação de provas necessárias ao apuramento da verdade.

Num terceiro momento, no CPC de 1995 ainda se colocavam ao lado dos poderes diretivos, em capítulo destinado à disciplina do procedimento, mas já com *status* alargado de princípio do inquisitório.

Finalmente, num quarto momento, com o CPC de 2013 consolidou-se o apartamento dos conceitos e das disciplinas legais. O inquisitório consolidou-se como princípio com previsão nas normas gerais probatórias. Os poderes diretivos foram incorporados ao conceito mais amplo de gestão processual.

O novo CPC disciplinou o expressamente nominado princípio do inquisitório no art. 411º, e os poderes diretivos como instrumento de gestão no art. 6º, confirmando a tendência de enfoques distintos das categorias, considerando a consolidada doutrina que apontava para adequação de se tratar de modos distintos os poderes-deveres judiciais voltados à instrução da causa (gravitam em torno do princípio do inquisitório), em relação aos poderes-

³⁶¹ Os poderes instrutórios do juiz encontram posituação como cláusula geral no direito brasileiro desde o CPC de 1939 (art. 117), regra mantida no CPC de 1973 (art. 130) e no CPC de 2015 (art. 370), o qual dispõe: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Não há referência legal a princípio do inquisitório, mas no Brasil não é comum a expressa qualificação de normas jurídicas como princípios na legislação, tarefa esta reservada à doutrina.

deveres direcionados ao desenvolvimento célere, econômico e com respeito às garantias processuais (enunciados na ideia de gestão processual).

Diante do exposto, atentando ao direito posto, hoje e ontem, e em afinamento com a melhor doutrina, deve ser refutado o entendimento de RODRIGUES.

O princípio do inquisitório teve origem em poderes de iniciativa probatória amalgamados com poderes diretivos, mas com o passar dos anos alcançou autonomia conceitual e legislativa, e atualmente prende-se à disciplina da prova, e portanto não se pode considerar o inquisitório como conceito abrangente dos poderes diretivos, oficiosos e de adequação.

Lado outro, e enfrentando a segunda controvérsia acima enunciada, imperativa adesão à corrente inclusiva, em atenção, especialmente, à perspectiva ampla de gestão adotada.

Se conceitualmente gestão e inquisitório tem seus espaços, há pontos de contato entre as categorias, caracterizadores de vinculação subordinada da segunda categoria à primeira. A gestão processual pode e deve estar ligada à descoberta da verdade e ao encontro da solução justa, e por isso em muitos casos não será possível distinguir os poderes-deveres de gestão e inquisitórios atuarão em conjunto, e apenas de forma deveras artificial será possível promover separação ou classificação exclusiva do ato numa das categorias³⁶².

Reitere-se, em conclusão: o poder-dever de gestão processual se apresenta de forma ampla, conta com ferramentas de gestão típicas e atípicas³⁶³, dentre as quais os poderes-deveres instrutórios do juiz, derivados do princípio do inquisitório, e poderes-deveres de adequação formal.

3.5. Objeto da adequação formal

³⁶² Tome-se como exemplo o poder-dever de inspeção judicial. Trata-se de evidente derivação do princípio do inquisitório, mas, ao determinar o ato, imperativa ponderação judicial sobre a conveniência da medida, seus impactos no processo no que tange a eficiência e celeridade, de modo que ao mesmo tempo incide o poder-dever de gestão, e também o de adequação formal, a depender do caso concreto.

³⁶³ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 43-44.

A adequação formal judicial, quanto ao âmbito de aplicação, dirige-se não só ao correto dimensionamento dos atos processuais em sua forma e conteúdo, mas também incide sobre a sequência estruturada da cadeia procedimental.

Quando da positivação do instituto em Portugal, em 1995, surgiu divergência doutrinária quando a possibilidade de adequação para alterar a forma dos atos processuais. Em artigo dos mais citados sobre o tema, BRITO adotou posição restritiva e sustentou ser a nova categoria voltada para “problemas relativos à ordenação formal dos actos, e não de adequação de forma dos actos processuais”³⁶⁴.

Em verdade a lei deixava margem a dúvidas e não especificava devidamente a hipótese de incidência. Falava o art. 265º-A na determinação da “prática de atos” com “necessárias adaptações”.

Realizada a devida exegese, todavia, havia de ser rejeitada a concepção restritiva. Texto legal, ao permitir ao juiz determinar “a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo” quando a “tramitação” fixada em lei não fosse adequada, estava a fixar um escopo – adequação – e a conferir um pertinente instrumento – poder de moldar procedimento mediante supressão, alteração de sequência e modificação de forma. A interpretação restritiva em grande medida olvidava o aspecto teleológico da norma³⁶⁵.

Certo é que a redação atual do dispositivo espancou qualquer dúvida eventualmente ainda existente, fixando de modo preciso e amplo o âmbito de aplicação da adequação formal.

O art. 547º ordena a atuação judicial dirigida à adequação a) da sequência procedimental; b) da forma do ato; e c) do conteúdo do ato.

³⁶⁴ Segundo o doutrinador, “se a forma prescrita é essencial para que o acto atinja o seu fim, seria *contra legem* a decisão do juiz e, se não o é, então a sua preterição não tem qualquer consequência em virtude da nulidade dos actos processuais já enunciada”. Cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). *Aspectos do novo processo civil*. P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997. P. 38-39.

³⁶⁵ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 26-27.

O poder-dever de adequar contempla a possibilidade de praticar um ato não previsto na lei ou a supressão de um ato previsto no procedimento abstratamente.

A nova redação contemplou outra inovação ainda mais significativa.

O art. 265º-A autorizava a atuação adequadora “quando a tramitação processual prevista na lei” não se adequasse “as especificidades da causa”. Assim, se uma determinada tramitação se revelasse eficaz, apta ao alcance dos objetivos almejados pelo legislador, não se permitia a adequação formal³⁶⁶.

Conforme apontado por FARIA e LOUREIRO, no regime do CPC de 1995 se o juiz identificasse um encaminhamento alternativo ao legal, mais célere e efetivo, não poderia promover adequação se o procedimento legal fosse eficaz. No regime do CPC de 2013 incumbe ao juiz ponderar as diversas alternativas e escolher, entre as eficazes, a que se revele mais eficiente, ou seja, dentre as que proporcionem o efeito pretendido, a que o faça com menor dispêndio de recursos e de tempo³⁶⁷.

A viragem decorreu da nova redação dada pelo art. 547º, o qual suprimiu a referência à ineficácia do procedimento estabelecido na lei, fundando a autorização para o agir adequador no conceito de eficiência. A similitude dos textos esconde uma mudança profunda e harmônica com o ideário da gestão processual: afasta-se a preferência pela ordem legal, devendo o julgador seguir o caminho procedimental “que melhor se adeque às especificidades do caso concreto”³⁶⁸.

3.6. Requisitos condicionantes

Advoga-se nesta investigação a existência de um poder-dever de adequação formal pelo magistrado, entendendo-o indissociável da atividade

³⁶⁶ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 418.

³⁶⁷ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 418.

³⁶⁸ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 228.

judicante. Defende-se a existência de um princípio de adequação formal judicial, de estatura constitucional, do qual derivam poderes-deveres de adequação formal judicial, vigentes mesmo diante de omissão legal.

Como todo poder, também este deve ser exercido sob amarras de critérios fixadores de limites, de modo a se permitir o necessário controle, sob pena de se ter um procedimento inseguro, quiçá imprevisível.

Referidos critérios se traduzem na dogmática jurídica em requisitos condicionantes da adequação formal judicial.

O primeiro dos requisitos é o da *necessidade objetivamente demonstrada de modificação do procedimento fixado em lei para o alcance das finalidades do ato ou do processo*³⁶⁹.

Presume-se que o procedimento traçado na lei corresponde ao rito que melhor assegura a realização dos valores últimos do ordenamento processual. Ou seja, presume-se o alcance da tutela jurisdicional justa e efetiva como derivação do caminho traçado em lei.

A atividade judicial de adequação, por conseguinte, se realiza excepcionalmente - em caráter secundário - e apenas quando e se demonstrado que caminho alternativo satisfaz de modo mais efetivo o direito do cidadão ao processo voltado “para a justiça material e sem demasiadas peias formalísticas”, de modo a realizar, no plano concreto, o direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva³⁷⁰, tradução moderna do direito de acesso à justiça.

A modificação pode se fazer necessária para a modificação da forma de um ato processual (ou de seu conteúdo, entendida forma em sentido amplo) ou de sua sequência. Identificado que o formalismo previsto abstratamente na norma de regência, em virtude das peculiaridades do conflito, não se presta à realização o objetivo intrínseco, deve ser alterado. Para tanto devem ser

³⁶⁹ GAJARDONI estabelece requisitos de modo substancialmente diverso, em especial no tocante a este, que denomina finalidade, ao qual vincula três situações autorizadas: 1) quando o ato ou sequência não for apto a tutela do direito reclamado e deva ser alterado, 2) quando não for útil, e portanto possível o seu desprezo, e 3) quando a condição da parte impuser alteração para garantia da igualdade substancial. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 88-89.

³⁷⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. V. I. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 416.

demonstradas 1) a inadequação do formalismo previsto abstratamente, e 2) a adequação do formalismo moldado para o conflito específico.

Aos formalismos processuais, à luz do caso concreto, se associam a característica da adequação em variados graus. Não se reduz esse raciocínio ao esquema binário adequado/inadequado. A análise conduzirá, no mais das vezes, à construção mental de diversos formalismos, todos corretos à luz de um determinado ordenamento. Em casos tais, deve a o juiz sopesar o grau de adequação dos diversos modos possíveis, e promover a prática do modo mais adequado.

O grau de adequação é aferível apenas em cada caso concreto, necessariamente pelo método comparativo. Diante de várias opções procedimentais incumbe ao magistrado relacioná-las em ordem, colocando em primeiro plano aquelas que realizem de forma mais plena, de modo mais célere, com maior eficiência, os fins processuais.

Já se registrou com ênfase a preferência pelo formalismo com as especificidades previstas em lei. Em complemento deve-se assinalar que mesmo quando identificadas formas alternativas mais adequadas, a forma legal deverá ser a preferida se a forma alternativa não for significativamente mais adequada. Assim deve ser porque não é possível ignorar os custos da adequação formal, em termos de diminuição da previsibilidade do procedimento e algum incremento nos riscos de prejuízos decorrentes da incompreensão sobre o rito adequado³⁷¹.

Esses riscos são assumidos pelo sistema, e plenamente compensados se adequação se faz corretamente, com observância dos requisitos. Em casos tais, os ganhos com eficiência e celeridade compensam os “custos” da mudança de rota.

Mas se esses custos são reconhecidos, é de rigor que sejam considerados para o fim de obstar as alterações rituais quando os ganhos

³⁷¹No mesmo sentido doutrinou GOUVEIA: “...se o juiz entender que a boa norma é uma diferente da aplicável, deve ainda fazer um juízo de prognose, tentando prever se a perturbação que esta nova norma trará para o processo é absorvida pela vantagem de sua inserção”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado: decreto-lei nº 108/2006, de 8 de junho*. Coimbra: Almedina, 2006. P. 34.

decorrentes sejam de pequena monta, mediante aplicação do postulado da proporcionalidade³⁷².

O segundo requisito se traduz no *respeito ao contraditório*³⁷³.

O princípio do contraditório, de estatura constitucional implícita³⁷⁴ ou explícita³⁷⁵ em países civilizados, tem sido objeto de progressivo aprimoramento. Em moderna construção, superou a forma limitada já centenária de contraditório-defesa – em sentido negativo de mera oposição ou resistência a atuação de um terceiro no processo³⁷⁶ – para assumir a conformação de contraditório-influência: a faculdade do cidadão de interferir nos procedimentos que possam afetar, positiva ou negativamente, sua esfera jurídica, de modo a condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo³⁷⁷.

O contraditório em nova dimensão se apresenta como mais uma ponte entre o jurídico e o político. Reforça-se nas categorias processuais o viés democrático, com valorização do caráter participativo da produção das

³⁷² Adere-se à teoria dos princípios de Humberto Ávila neste ponto. Postulados são metanormas, ou normas de segundo grau e funcionam como estrutura para aplicação de outras normas. O postulado aplicativo da proporcionalidade é norma imediatamente metódica que institui critérios de aplicação de outras normas (princípios e regras) situadas no plano do objeto da aplicação. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 122 e 135. Em sentido contrário a CRP define a proporcionalidade como princípio no art. 266º.

³⁷³ GAJARDONI acresce adjetivo à denominação, preferindo a expressão contraditório **útil**, de modo a deixar clara a superação da configuração ortodoxa do princípio, assentada apenas no binômio informação/possibilidade de reação. Não se afigura adequada a terminologia. Despiciendo o adjetivo se a melhor doutrina tem sistematicamente abraçado a nova e mais abrangente concepção do contraditório, fortemente centrada no direito de influência das partes e dever de cooperação do tribunal. Nesta nova concepção, conforme demonstrará o texto, só existe contraditório se houver utilidade. Cfr. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 89.

³⁷⁴ Em Portugal deriva da cláusula geral do processo equitativo prevista no art. 20, nº 4, da CRP. Acórdão do TC PT, anterior à positivação do processo equitativo, dada na reforma de 1997, assinalou que tanto o contraditório quanto a igualdade das partes, com o acesso à justiça “conexionados”, constituem “princípios (...) que, embora não expressamente formulados na Constituição para o processo civil, não podem deixar de ser exigências constitucionais também neste domínio, como decorre da própria ideia de Estado de direito”. TC, Ac. 296/89, 2ª Seção, rel. Cons. Cardoso da Costa, j. em 19.5.1989.

³⁷⁵ Art. 5º, LV, no Brasil.

³⁷⁶ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 125.

³⁷⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 118.

decisões judiciais, conforme deve se revestir, num Estado Democrático de Direito, toda atividade do Estado que interfira nos direitos dos cidadãos³⁷⁸.

A parte deixa de ser mero “objeto” do pronunciamento judicial e passa atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo³⁷⁹. Apenas os procedimentos assim desenvolvidos podem ser havidos como legítimos.

Em síntese, neste princípio do contraditório reconstruído, com forte lastro na dignidade da pessoa humana, no princípio do acesso à justiça e nos direitos fundamentais, ao lado dos tradicionais direitos das partes à *informação* (necessário à avaliação acerca das consequências jurídicas possíveis ligadas ao momento procedimental) e à *resposta* (faculdade de responder a atos processuais da contraparte³⁸⁰ e de qualquer interveniente) se alinham, elastecendo as tradicionais vertentes, os direitos de *influência*³⁸¹ e os direitos *correlatos aos deveres de cooperação* do tribunal³⁸².

A adequação formal judicial deve se realizar, preferencialmente, mediante participação prévia das partes. O juiz deve convidar as partes ao diálogo quando pretender inovar no processo e adotar providência não prevista na lei, de modo a permitir democraticamente a influência e evitar as denominadas “decisões surpresa”³⁸³, aquelas “cujos fundamentos não foram mencionados no

³⁷⁸ Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 17.

³⁷⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, ano 19, nº 73, p. 7-14, jan./mar. 1994. P. 10.

³⁸⁰ Em sentido mais restrito, sem referência a resposta a atos do juiz e demais intervenientes, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. P. 47.

³⁸¹ À luz desta vertente o contraditório incorpora o direito de ver seus argumentos considerados pelo tribunal. O direito de falar vale pouco se desacompanhado do dever do tribunal de levar em consideração o que foi dito – “um interlocutor aberto e disposto a receber informações e se convencer” –, pois “não há violação maior ao contraditório que a decisão que simplesmente ignore a atividade das partes no processo”. Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 202-203. Em homenagem a esta dimensão do contraditório o CPC Br cominou nulidade, por ausência de fundamentação, a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, § 1º, IV).

³⁸² Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 110-112.

³⁸³ A vedação às decisões-surpresa decorre do reforço do contraditório veiculado pelo princípio da cooperação. Há previsão expressa nesse sentido no Brasil (art. 10 do CPC Br), em Portugal (art. 3º, 2 e 3, CPC Pt), na Alemanha (§ 139, 1, da ZPO), e na França (art. 16 do CPC francês).

processo ou a respeito dos quais não foi conferida oportunidade de prévia manifestação³⁸⁴”.

Em Portugal alguma dúvida chegou a ser ventilada sobre a necessidade do contraditório após a edição do CPC de 2013, em virtude de modificação na redação do artigo no qual veiculada a cláusula geral de adequação. A comparação entre a literalidade dos três dispositivos editados ao longo da história para disciplinar a adequação formal, em apressada leitura, apontava para exegese incorreta.

Na redação original do art. 265^o-A, dada mediante Decreto-lei nº 329-A/95, constava exigência de promoção da adequação formal mediante “acordo” com as partes. Ainda durante a *vacatio legis* a redação do dispositivo foi modificada pelo Decreto-lei nº 180/96, passando a constar como exigência para adequação a “oitiva das partes”, patente a reduzida eficácia da medida, se dependente de concordância de vontades dos litigantes.

Ocorre que o CPC de 2013 reproduziu quase na integralidade no art. 547^o os termos do citado art. 265^o-A, com supressão da exigência da oitiva das partes, lançando a suspeita de se tratar de “silêncio eloquente”, significante de supressão do requisito.

Apenas aparente a supressão da exigência do contraditório. A referência expressa se mostrava despicienda diante da previsão, agora em localização privilegiada, do princípio do contraditório no art. 3^o do CPC Pt. Assim, continua necessário o contraditório como requisito para adequação formal judicial.

Mas se incontestável a necessidade do contraditório, não se mostra tão óbvia a questão de se saber se o contraditório deverá ser necessariamente prévio, sob pena de nulidade, ou se possível, em casos excepcionais, a realização do contraditório na forma postergada.

A doutrina portuguesa tem se inclinado a entender inafastável o contraditório prévio. Sustentou RUI PINTO, mesmo sob a égide do CPC de 2013, a necessidade de “prévia audição das partes (...) sem que isso signifique necessidade de assentimento”, sob pena de nulidade, “por configurarem

³⁸⁴ Cf. SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 136.

decisões-surpresa” aquelas tomadas sem oportunidade de manifestação das partes³⁸⁵. FARIA e LOUREIRO sustentam ser obrigatória a oitiva prévia “nos casos em que a adequação visa a simplificação e agilização processual”, forte no art. 6º, nº 1, do CPC Pt³⁸⁶, o que na prática finda por remeter à rigidez semelhante à defendida por PINTO, pois poucas serão as decisões de adequação transbordantes das hipóteses explicitadas³⁸⁷.

O contraditório, em regra, deverá ser prévio, mas em casos excepcionais poderá ser postergado para momento ulterior próximo, nos casos em que o contraditório prévio puder esvaziar por completo a utilidade da medida adequadora, e os riscos de danos ao exercício de direitos processuais pelas partes justificarem a medida, em juízo de proporcionalidade.

Não se vislumbra sentido algum em conferir um caráter inflexível ao modo como se realiza o contraditório na atividade de adequação. Os ordenamentos processuais admitem não só o contraditório mitigado como o contraditório postergado – graus de contraditório – e a graduação se dá “segundo o teor de indisponibilidade do direito substancial em conflito³⁸⁸” e a possível perda de eficácia da decisão eventualmente prolatada após a oitiva das partes.

Medidas cautelares e antecipatórias podem ser concedidas sem oitiva da parte adversa, satisfeitos determinados requisitos, e nestes casos o contraditório é postergado, pois a possibilidade de atuar para influir se faz *a posteriori*, muitas vezes já perante outro órgão, pela via recursal³⁸⁹. Estas

³⁸⁵ Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 330. No mesmo sentido, entendo que adequação sem contraditório, no RPCE, violaria o processo equitativo, cf. TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008. P. 28.

³⁸⁶ Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 419.

³⁸⁷ Contrariamente, em comentário ao RPCE FARIA advogava, na vigência do CPC de 1995, que “em determinadas circunstâncias o contraditório pode (e deve) ser dispensado, quando não estiver em causa um conflito de interesses ou reconhecer um direito processual das partes”. Apesar da referência à “eliminação” do contraditório, FARIA abrandava a incisiva assertiva ao complementar que a referência ao “contraditório necessário” deve ser entendida de modo “que o exercício deste passará a estar diretamente regulado pelo art. 3º do CPC”. Admitia, por conseguinte, incidência na atividade de adequação das exceções previstas CPC. Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009. P. 29.

³⁸⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 135.

³⁸⁹ O CPC Pt admite a tomada de providências “contra determinada pessoa” sem oitiva prévia em casos excepcionais (art. 3º, 2), e decisões sem prévia pronúncia das partes em “caso de

medidas, denominadas genericamente como *não plenas* por PINTO, comportam “restrições às garantias processuais”, mas se justificam como “instrumento de resposta ao perigo de dano para o direito substantivo”. Referidas restrições são admissíveis e justificáveis se “necessárias, adequadas, racionais e proporcionais *stricto sensu*”³⁹⁰.

Lado outro, em alguns procedimentos as possibilidades de participação são limitadas, em virtude da dimensão reduzida do bem litigioso, e se a limitação se faz de modo proporcional o processo equitativo mantém-se íntegro³⁹¹.

Não haveria sentido em permitir a concessão de uma tutela de urgência para invadir a esfera jurídica da parte sem a sua prévia oitiva, medida muito mais grave, e vedar uma simples adequação do procedimento, cujo impacto na esfera jurídica é bem menor e promove restrições reversíveis em direitos adjetivos (processuais). Se os ordenamentos permitem, em casos excepcionais, tutelas não plenas e restrições aos direitos processuais, o juízo de proporcionalidade adotado demonstra que os direitos processuais não são absolutos, e por isso congruente com o sistema a excepcional postergação do contraditório para momento posterior à adequação.

manifesta desnecessidade” (art. 3º, 3). Segundo o art. 366º, nº 1, deve o tribunal em ação cautelar ouvir o requerido, “salvo quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência”. O CPC Br. No CPC Br existe previsão para decisão sem prévia oitiva quando se tratar de “tutela provisória de urgência” (art. 9º, I).

³⁹⁰ Cf. PINTO, Rui. *A questão do mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2009. P. 123-125.

³⁹¹ No Brasil as causas definidas em lei como de reduzida complexidade e valor, normadas pela Lei nº 9.099/95, são submetidas a procedimento caracterizado por significativa redução dos direitos processuais das partes. Há maior limitação no número de testemunhas (apenas 3, cf. art. 34); vedada reconvenção (art. 31); não há previsão para réplica; “todas as provas serão produzidas em audiência”; vedada a prova pericial (art. 33), embora possível a inquirição de técnicos; o recurso de agravo, ordinariamente manejado no procedimento comum, não é admitido contra as decisões interlocutórias, por ausência de previsão legal; o recurso admitido contra sentença em regra tem efeito apenas devolutivo (art. 43) e é julgado por turma de juízes de primeira instância (art. 41, § 1º). A redução dos direitos processuais, embora significativa, justifica-se diante da proporcionalidade que se deve observar entre as garantias e formalidades do procedimento e a dimensão do direito litigioso, mormente no Brasil, em que há previsão expressa na Constituição Federal para a construção de um procedimento especial “oral e sumariíssimo” para “causas cíveis de menor complexidade” (art. 98, I). Promovendo a simplificação procedimental de modo proporcional “a lei traz em si as indispensáveis salvaguardas destinadas a evitar o arbítrio judicial e assegurar a plena realização das exigências constitucionais relativas ao *due process of law*”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 24.

Se possível postergar o contraditório, tal não significa que seja desejável³⁹², ou que se realize a medida excepcional sem critério.

Impactos substanciais na esfera jurídica das partes, ou de uma delas, sugerem uma maior cautela na adequação, e portanto uma oitiva prévia. Quando a adequação trazer pouca ou nenhuma chance de prejuízo às partes, e a oitiva delas reduzir significativamente a utilidade da medida, poderá ser determinada sem contraditório prévio³⁹³. Nestes casos, o dever de motivação por parte do juiz se amplia, pois a postergação do contraditório deverá receber substancial fundamentação. Ademais, deverá existir possibilidade de controle posterior do ato adequador, pela via da petição ao juiz ou a órgão judiciário de hierarquicamente superior.

PERROT identificou o que chamou de inversão do contraditório como técnica de aceleração do procedimento, apontada como uma das principais tendências processuais no limiar do terceiro milênio³⁹⁴. Tratava o autor francês especialmente das ações injuntivas³⁹⁵, mas a argumentação em tudo aqui se amolda. De acordo com essa técnica, “o juiz começa por decidir”, e “só haverá debate na hipótese de oposição”. Em técnica alternativa à regra geral, na qual o “debate precede a decisão”, o recurso à inversão do contraditório atribui efeitos jurídicos ao mutismo dos destinatários, com base na probabilidade do acerto da decisão.

Quando satisfeitos os demais requisitos, estará evidenciada a elevada probabilidade do acerto da decisão adequação formal. Se constatada, para além da probabilidade, que a oitiva prévia implicará supressão ou significativa perda das vantagens derivadas da adequação o juiz deverá “começar por decidir”, e apenas caso as partes manifestem oposição, de forma tempestiva, no primeiro momento em que lhes couber falar nos autos, e apontarem o

³⁹² BONICIO admitiu o que chamou de “contraditório diferido”, justificado quando o contraditório prévio puder frustrar a finalidade do ato. Assinalou, contudo, os riscos do abuso, tratando-se de medida a ser tomada em caráter extraordinário. Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 97-101.

³⁹³ GAJARDONI sustentou a possibilidade de adequação sem prévia oitiva em situações excepcionais, quando não houver prejuízos para as partes, casos em que haveria um “contraditório inútil”, “possível de ser dispensado”. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 94.

³⁹⁴ Cf. PERROT, Roger. *O processo civil no limiar do século XXI*. Revista Forense, nº 342, ano 94, p. 161-168, abr./maio/jun. 1998. P. 165.

³⁹⁵ Previstas no Brasil nos art. 700-702 do CPC Br, e em Portugal com disciplina no Decreto-lei nº 269/98, de 1 de setembro.

prejuízo decorrente da adequação, ocorrerá um debate dirigido ao controle do acerto da adequação.

Esta solução, tida por ideal, não se mostra incompatível com o direito positivo português. Mas a análise da compatibilidade exige um olhar voltado para a história.

No regime do CPC de 1995 a possibilidade de postergar o contraditório encontrava resistência quando a investigação se pautava na literalidade, porquanto o poder-dever de adequação se realizava após “ouvidas as partes”.

A solução à luz do CPC de 2013 aponta em diverso sentido. Na lei nova o artigo correspondente (art. 547º) não repetiu a restrição, de modo que o contraditório deve ocorrer de acordo com as regras gerais versadas no art. 3º. Consoante LOPES DO REGO, “a omissão de explícita previsão, a propósito de um regime determinado, da necessidade de actuar a regra do contraditório, apenas implicará que ela passe a dever inferir-se do princípio geral estabelecido pelo art. 3º”³⁹⁶.

As regras gerais preveem a oitiva prévia como regra geral, mas admitem a excepcionalidade, nomeadamente em duas situações: 1) quando houver previsão na lei que autorize a tomada de “providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida” (art. 3º, nº 2); 2) nos casos de manifesta desnecessidade (art. 3º, nº 3).

O previsto no art. 3º, nº 2, não encontra aplicação à espécie. Embora não exista previsão expressa autorizando adequação sem oitiva prévia, não se pode dizer que uma decisão de adequação tome providências *contra qualquer das partes*. À evidência dirige-se a norma a tutelas de conteúdo material, com reflexos antecipatórios ou de natureza cautelar na disponibilidade (lato senso) do bem litigioso.

Lado outro, na maioria dos casos será possível enquadrar a medida de adequação na hipótese excepcional do art. 3º, nº 3, pois haverá manifesta desnecessidade de ouvir previamente as partes tendo em vista o reduzido reflexo da alteração em suas esferas jurídico-processuais.

A análise não muda quando investigada a questão à luz dos parâmetros fixados para o poder-dever de gestão. Se a adequação no CPC de 2013 é

³⁹⁶ Cf. REGO, Carlos Francisco Lopes do Rego. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. P. 30.

instrumento de gestão, é de rigor a busca por uma compatibilidade. O art. 6º, nº 1, ao tratar de gestão ordena a busca pela celeridade mediante promoção de diligências necessárias para o normal prosseguimento da demanda, com recusa do que for impertinente ou dilatório. Num segundo momento, ordena a adoção de “mecanismos de simplificação e agilização processual” com objetivo de garantir “a justa composição do litígio em prazo razoável”.

Importante assinalar a dificuldade de distinguir com precisão, na riqueza da praxe forense, os atos do juiz de “recusa do impertinente e dilatório” dos atos de “simplificação e agilização”. Eles se imbricam, na maioria das vezes, e se configuram atos de adequação formal judicial (no exercício de poder específico de adequação ou genérico), no sentido amplo aqui doutrinado.

Poder-se-ia pensar, em análise apressada, que a apenas recusas ao “impertinente e dilatório” que não configurassem “mecanismos de simplificação e agilização” poderiam ocorrer sem oitiva prévia das partes.

Essa divisão não se mostra possível na prática, pois ao recusar o dilatório (um requerimento de diligência inútil, por exemplo) estará o juiz promovendo simplificação do procedimento.

Se o texto leva a aparentes contradições, em análise literal, a busca por um sentido deve tomar como balizas elementos outros, tais como o sistema e a história. A gestão processual e seu principal instrumento, a adequação formal judicial, tem por escopo a promoção da celeridade e justiça, e por fundamento a necessidade de conformar os procedimentos às particularidades do litígio.

Essa *ratio*, que fundamenta externamente a adequação formal, deve ser usada para moldá-la também internamente, na definição de seu procedimento interno. É dizer, se adequação formal (externamente) se justifica para mudar caminhos do procedimento com vistas à realização ótima de seus fins, o contraditório associado à adequação formal também pode excepcionalmente mudar de feição, para ser postergado, quando a mudança de caminho se fizer necessária de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Portanto, em síntese, no novo processo português não se pode dizer que a retirada da ordem expressa de oitiva prévia do dispositivo destinado à disciplina da adequação formal judicial suprimiu a necessidade de contraditório. A oitiva bilateral vocacionada ao exercício do direito de influência se mantém, mas também ela modulada à luz do caso concreto e tendo em vista a finalidade

do ato. Assim, em casos excepcionais, pode o contraditório ocorrer de modo postergado, com o debate judicial destinado ao controle da adequação realizado em momento posterior.

O terceiro requisito pode ser definido como *fundamentação idônea e suficiente*.

Trata-se de expressão, no plano prático, do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, corolário do devido processo legal. A CRP prevê o dever de fundamentação no art. 205º, nº 1, estabelecendo que “as decisões judiciais que não sejam de mero expediente serão fundamentadas na forma prevista na lei”³⁹⁷.

As decisões de adequação formal não se enquadram como medidas destinadas a simplesmente “prover o andamento regular do processo”³⁹⁸. Deve-se entender a expressão “regular”, neste contexto, com a conotação de “ordinário”, e por isso a medida adequadora altera o andamento regular/ordinário para estipular outro mais apto à composição do litígio. Do exposto, conclui-se que as decisões de adequação transbordam da moldura traçada no art. 152º, nº 4, do CPC Pt, e demandam fundamentação exauriente.

A fundamentação, ou a expressão sinônima motivação³⁹⁹, é considerada direito fundamental pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁴⁰⁰, e se vincula

³⁹⁷ Qualquer controvérsia ou dúvida levantada demanda fundamentação. Possível ao legislador apenas a disciplina da forma como se dará a fundamentação, admitida, em casos excepcionais, a forma sintética e por referência. Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 142.

³⁹⁸ Cf. art. 152, nº 4, do CPC Pt.

³⁹⁹ A constituição brasileira (art. 93, IX) e o CPC Br (art. 11) também ordenam a fundamentação.

⁴⁰⁰ Apesar de não se exigir “resposta detalhada a cada argumento” deduzido pela parte, pois nenhum princípio é absoluto e a profundidade da resposta deve variar ao sabor da natureza da decisão, constatável apenas à luz de cada caso concreto, conforme paradigmática decisão do TEDH cujo excerto se transcreve. “29. The Court reiterates that Article 6 para. 1 (art. 6-1) obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the Van de Hurk v. the Netherlands judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, para. 61). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 (art. 6) of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.” TEDH, caso Ruiz Torija v. Espanha, queixa nº 18.390/91, julgado em 9.12.94.

indissociavelmente ao Estado Democrático de Direito⁴⁰¹. Um Estado que atua sem expor razões não é de direito, porquanto não adstrito a normas aprovadas previamente pelo povo, e não é democrático, pois não respeita a vontade da maioria.

Recentemente no dever de fundamentação tem sido destacada a perspectiva da clareza e objetividade voltada ao controle social em holística acepção, em superação à visão tradicional, a qual objetiva como destinatários apenas os operadores jurídicos. Apesar da necessidade do uso de termos técnicos, há espaço para simplificação sem perda de precisão⁴⁰², em reequilíbrio tendente a aumentar a compreensão do decidido por parte da sociedade, medida tendente a conferir mais legitimidade, aceitação e eficácia aos provimentos jurisdicionais.

Essa visão moderna foi encampada em recente recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na qual assentou-se o dever do juiz de apresentar objetivamente as razões para seus julgamentos em linguagem clara e compreensível⁴⁰³.

Forte nestas diretrizes, válidas para as decisões judiciais como um todo e com maior razão para a decisão adequadora, o juiz deve expor de forma clara e objetiva as razões justificadoras da adequação, e deve registrar a presença dos requisitos condicionantes, de modo a permitir o controle do ato, seja pela via do diálogo junto ao prolator da decisão, seja pela via recursal.

A decisão deve ser fundamentada neste caso de modo ainda mais abrangente porque quanto maior a liberdade de decisão⁴⁰⁴, por conta do manejo de categorias jurídicas delimitadas em textura aberta, maior é a

⁴⁰¹ Cf. SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007. P. 72-73.

⁴⁰² Com esse desiderato a Associação dos Magistrados Brasileiros realizou “Campanha pela simplificação da linguagem jurídica”, com objetivo de aproximar o poder judiciário dos cidadãos, pois “ninguém valoriza o que não conhece”. Cf. notícia disponível do sítio da entidade, www.amb.com.br/index_.asp?secao=campanha_juridiques, acesso em 20.8.2016.

⁴⁰³ Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotada em 17.11.2010, CM/Rec(2010)12: 63. Judges should give clear reasons for their judgments in language which is clear and comprehensible.

⁴⁰⁴ No caso da “concretização da norma processual aberta, a necessidade de justificar a utilização da norma processual é, antes de tudo, decorrência da estrutura dessa modalidade de norma, instituída para dar ao juiz poder necessário para atender às variadas situações concretas”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P. 79.

possibilidade de se fazer justiça pela conformação da letra fria da lei às necessidades concretas do litígio, mas também maior é a possibilidade de se enveredar pelos caminhos da parcialidade e o arbítrio, controláveis apenas se as razões do decidido estiverem claramente expostas⁴⁰⁵.

Notadamente deve constar da decisão a) o formalismo previsto em lei para o caso; b) o formalismo adotado em ação adequadora; c) a demonstração de que o formalismo adotado é significativamente mais adequado que o formalismo legal, por “dar mais efetividade à tutela do direito”, com mais celeridade e eficiência, e trazendo “a menor restrição possível à esfera jurídica do réu”⁴⁰⁶; d) considerações acerca das manifestações das partes acerca da adequação proposta; e) caso não tenha ocorrido contraditório prévio, demonstração da necessidade de se postergar o contraditório no caso concreto.

O quarto requisito, de natureza negativa, traduz-se como *ausência de violação aos direitos processuais das partes*.

A história do processo civil registra uma constante alteração dos poderes das partes e do juiz no processo. A referência histórica do processo português, apresentada na primeira parte desta investigação, bem demonstra o movimento mundial de fortalecimento dos poderes do juiz⁴⁰⁷.

Trata-se de tendência observada tanto nos países vinculados à tradição da *civil law* quando aos afetos à *common law*, mesmo que de forma tardia nos últimos, e pode ser de modo esquemático apresentada da seguinte forma.

No decorrer do século XIX, sob forte influência do código de processo francês de Napoleão, os códigos conferiam as partes quase todos os poderes diretivos e instrutórios, ressalvados ao juiz poderes residuais destas naturezas, bem como os inerentes poderes decisórios.

⁴⁰⁵ Cf. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. P. 244.

⁴⁰⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P. 79.

⁴⁰⁷ A tendência “inegável” de aumento dos poderes do juiz foi acentuada no processo alemão por BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. Revista de Processo, ano 7, nº 27, p. 186-199, jul./set. 1982. P. 196.

A virada publicística ocorrida entre o fim do século XIX e o início do século XX, tendo por expoente o código austríaco de 1895, teve por vetor a concessão de mais poderes ao juiz, em movimento reproduzido ao longo do século XX, associado à imposição de restrições e conformações dos poderes das partes para o atingimento de um ideal coletivo de justiça⁴⁰⁸.

No último quarto do século XX ocorreram reformas tendentes não mais apenas a reforçar os poderes do juiz, mas também dirigidas a reorientação e estabelecimento de mecanismos compensadores tendentes equilibrar a posição dos intervenientes, no que pode ser chamado de refundação democrática do processo.

Constatada a inviabilidade do modelo liberal de processo, diante da multiplicidade qualitativa e quantitativa de conflitos, mostrou-se necessária a consagração de um modelo de juiz mais ativo e presente, um juiz (pre)ocupado com a realização da justiça. O ideal de um juiz ativo demandou a concessão de mais poderes, notadamente para dirigir o processo e para diligenciar no sentido de trazer aos autos a provas necessárias ao conhecimento da verdade, pressuposto para a decisão justa.

Após muitas décadas de reforço dos poderes do juiz, um movimento compensatório, de restauração de equilíbrio, conduziu os ordenamentos à revalorização do papel das partes, tendente ao resgate da eficácia de suas garantias, promotor da ampliação de seus poderes e impositor de um dever de cooperação voltado ao juiz, cuja contrapartida é um direito das partes aos atos positivos de cooperação judicial.

Observa-se na história, portanto, uma incessante busca pelo equilíbrio entre os poderes processuais das partes e do juiz⁴⁰⁹, algo a revelar o seu

⁴⁰⁸ A justiça era um “bem público” e “propriedade do Estado”, e por isso justificada a pacificação “à fórceps” por via da ação do “juiz-general”, investido de “poderes ilimitados quase-míticos”. Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. P. 171-186. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 180-181.

⁴⁰⁹ Nas exatas palavras de RHEE, “During the last 100 years or so, a central theme in civil procedural theory has been to find a balance between on one hand the parties’ liberty to freely dispose of their private rights and obligations, also within the litigation process, and, on the other hand, the powers of the judge or, to use more modern terminology, judicial case management”. Cf. RHEE, C. H. van. Introduction. In: RHEE, C. H. van (ed.). *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. P. 1-9. Antuérpia: Intersentia, 2008. P. 2.

caráter democrático, porquanto também no processo o poder deve ser contido por outros poderes – disciplinado, orientado e equilibrado.

O poder-dever de adequação surgiu como grande reforço de poderes do juiz, e assim mostrou-se natural a preocupação com mecanismos de compensação deste aumento.

Em Portugal essa preocupação traduziu-se de imediato no direito positivo: o poder-dever de adequação foi positivado pelo CPC de 1995 no art. 265º-A, e no art. 266º restou assentado o princípio da cooperação, de modo a lembrar que o reforço de poderes-deveres não era absoluto e irrestrito, e que em reforço às concepções de contraditório como influência o juiz deveria cooperar com as partes, auxiliando-as no desenvolvimento de suas atividades⁴¹⁰.

Mas se a cooperação surgiu como um dos elementos de controle da nova fonte de poder-dever ampliada, não se revelava suficiente. Diante da técnica usada para atribuição do poder-dever de adequação – positivação de princípio e cláusula geral – os correspondentes limites foram fixados de modo aberto e vago, pautados nas garantias processuais das partes.

Destarte, para além dos requisitos acima expostos, a adequação formal judicial deve respeitar as garantias⁴¹¹ processuais das partes. Interessa tratar das garantias, todas pautadas em termos principiológicos, porque conforme assinalaram GOUVEIA et. al. quando da análise da gestão processual, ao lado dos requisitos são “o único limite⁴¹²” à adequação formal.

Comporta o processo civil diversos princípios, e alguns deles vinculam diretamente garantias às partes, atribuindo-lhes diretamente situações jurídicas ativas no processo. Estas garantias, todas associadas ao princípio fundamental

⁴¹⁰ Conforme consta do preâmbulo da lei instituidora, trata-se de “um dos aspectos mais significativos desta revisão, que se traduz numa visão participada do processo, e não numa visão individualista, numa visão cooperante, e não numa visão autoritária”.

⁴¹¹ Garantias e direitos, quando se referem ao fenômeno processual, podem ser tomados como sinônimos. A distinção clássica (direitos = disposições declaratórias atributivas de posições jurídicas ativas; garantias = disposições assecuratórias que em defesa dos direitos instrumentalizam sua realização e limitam o poder) não tem pertinência no direito processual, o qual, em sua integralidade, é instrumental e acessório, “porque destinado a tutelar um direito principal”. Para distinção entre direitos e garantias, com supedâneo nas lições de Ruy Barbosa, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 418-419.

⁴¹² Cf. GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário (V. I)*. Lisboa: FFMS, 2013. P. 19.

do processo equitativo, representam limites para o poder-dever de adequação, em contraste realizável apenas diante do caso concreto.

O art. 630º do CPC Pt diz irrecuráveis os atos praticados no exercício do poder-dever de adequação formal “salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios”. Os limites da recorribilidade, por evidente, remetem o intérprete de imediato aos limites dos atos de adequação: apenas se a adequação ferisse os princípios-garantia nominados estaria configurado vício do ato judicial – extrapolação dos poderes-deveres previstos no art. 547º – e seria possível o recurso para devida correção.

O dispositivo restritivo de recurso é inovador, e revela o aumento de confiança do legislador no juiz. O CPC ao tratar dos atos judiciais irrecuráveis, no art. 679º, silenciava quanto aos atos de adequação. Assim, o legislador de início, ao conferir em 1995 poderes-deveres de adequação, permitiu o recurso quanto aos atos do juiz proferidos neste exercício. Em evolução, intentou restringir recursos, o que revela vontade de reforçar o instrumento.

Contudo, a despeito das controversas regras portuguesas atinentes à recorribilidade das decisões adequadoras, as quais sugerem a existência de limites definidos apenas por quatro princípios expressamente consignados no art. 630º do CPC Pt, os princípios-garantia compreensivos do processo equitativo atuam em sua totalidade para definir os limites da adequação também em Portugal, sob pena de inconstitucionalidade flagrante.

Mas a definição dos limites em termos principiológicos não se mostra de fácil manejo na práxis forense. Limites definidos de forma imprecisa e vaga podem gerar controvérsias sobre aspectos processuais, e provocar por consequência desperdícios de tempo e recursos na solução de questões adjetivas, com prejuízo para a solução de mérito.

Se os limites não foram dados em termos precisos, com suporte em regras claras, tal se deveu a inviabilidade técnica decorrente da necessidade

de uso de uma textura aberta⁴¹³. A adequação formal judicial se justifica em termos genéricos justamente diante da impossibilidade do legislador prever suficientemente a multiplicidade de situações peculiares a merecerem alteração formal.

Diante de tantas as variáveis, se impossível prever as hipóteses de adequação de modo específico, impossível também traçar os seus limites designadamente. A textura aberta dos princípios restou como meio único de traçar um limite à atividade adequadora, com todas as dificuldades práticas decorrentes da opção.

A despeito da dificuldade, alguns parâmetros precisam ser estipulados a respeito dos princípios mais diretamente vinculados à atividade adequadora, quais sejam: igualdade, segurança jurídica, dispositivo, contraditório, separação dos poderes, legalidade e aquisição das provas.

3.7. A adequação formal como poder-dever discricionário do juiz

Não há uniformidade terminológica na doutrina quando se trata de explicitar a natureza da atuação judicial adaptativa. Cuida-se de poder, dever, dever-poder, poder-dever, incumbência ou faculdade? Também se controverte sobre a natureza vinculada ou discricionária da atividade.

Os textos legais, que muitas vezes põem termo a disputas terminológicas doutrinárias, neste caso também se apresentam confusos e vacilantes.

Grassa uma instabilidade terminológica – compreendendo sinonímia e oposição variáveis das expressões –, que deve ser enfrentada, com objetivo de afastar equívocos teóricos e precisar a análise⁴¹⁴.

Não obstante, dados os limites da investigação, para o enfrentamento desta questão não se justifica tratar em profundidade das diversas teorias

⁴¹³ E isto implica incerteza na linha de fronteira, preço ser pago pelo uso de termos gerais. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. P. 141.

⁴¹⁴ Cf. PINTO, Rui. *A questão do mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2009. P. 26.

pertinentes aos componentes das relações jurídicas processuais e o correlato conceito de situação jurídica processual.

A exposição far-se-á em termos sintéticos e apenas com objetivo de justificar a terminologia adotada.

Em outro momento já se afirmou da importância da ideia de relação processual para o conceito do processo. Se o processo não é só relação jurídica processual, não se pode negar a existência de referida relação a vincular os intervenientes processuais, bem como não se pode olvidar a importância do conceito para a ciência.

Dos fatos juridicamente relevantes para o processo surgem relações processuais, de início entre autor e estado-juiz⁴¹⁵, derivadas do exercício da pretensão à tutela jurídica. Após a citação, angularizado o vínculo, multiplicam-se e sucedem-se as situações jurídicas⁴¹⁶ vinculando os intervenientes do processo, notadamente autor, réu e juiz, com o transcorrer das etapas procedimentais⁴¹⁷.

As relações se estabelecem mediante atribuição de poderes, direitos, deveres, ônus e faculdades⁴¹⁸ para os partícipes, interessando por agora tratar apenas das situações jurídicas, ativas e passivas, associadas ao juiz.

⁴¹⁵ *Estado-juiz e juiz* são expressões usadas de forma indistinta nesta investigação. As relações e situações jurídicas processuais afetam sempre o juiz enquanto órgão estatal. Afetam, portanto, o Estado, e não a pessoa natural investida na função judicial.

⁴¹⁶ Toma-se a relação jurídica em acepção abrangente, compreendendo o conjunto de situações jurídicas sucessivamente encadeadas no processo. Em sentido contrário, sustenta NOGUEIRA que a relação jurídica é espécie do gênero situação jurídica. Cfr. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações jurídicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. V. 2. P. 749-769. Salvador: Juspodivm, 2010. P. 762.

⁴¹⁷ Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 142-143.

⁴¹⁸ O rol de situações jurídicas processuais possíveis varia na doutrina. PAULA COSTA E SILVA, por exemplo, reconhecendo a complexidade da “categoria da situação jurídica processual na doutrina”, refere como “usual a afirmação de que existem três tipos de situações adjectivas: direitos, ônus e deveres”, e desenvolve profícua elaboração teórica sobre o tema, manejando categorias relacionadas tais como poderes e direitos subjetivos, sem explicitar, contudo, de modo expresse e categórico, um definitivo rol. Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 129. NOGUEIRA, em seminal artigo, acolhendo perspectiva radicalmente distinta, identifica três tipos de situações jurídicas processuais: qualidades processuais, poderes processuais, relações jurídicas processuais. Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações jurídicas processuais*. In: DIDIER JR. Fredie (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. V. 2. P. 749-769. Salvador: Juspodivm, 2010. P. 762. No Brasil o novo CPC aderiu a corrente doutrinária e fez consignar na lei outro rol de situações

O juiz atua no processo sempre em busca da realização de objetivos alheios. Seu agir repousa no exercício de função, e não na busca por satisfação de interesses próprios. Por conseguinte, as únicas posições jurídicas subjetivas que podem coexistir com o elemento funcional – nuclear e justificante do desempenho jurisdicional –, são os poderes e deveres⁴¹⁹.

Desse conceito de poder se exclui o ônus, e a referência é relevante porque parte da doutrina qualifica os poderes como situações jurídicas ativas que “se integram nos ônus processuais”⁴²⁰. Há quem veja ainda o ônus como um “poder atribuído ao sujeito para a prática de determinado ato no processo, sem uma situação de sujeição correlata”⁴²¹.

Considerações tais se mostram válidas para relacionar os conceitos de ônus e poderes quando em análise se encontram posições jurídicas das partes no processo, mas não se aplicam às posições jurídicas do juiz.

O ônus vincula-se com a satisfação do interesse do próprio onerado, quando não há relação entre sujeitos, e portanto não há sujeição: o onerado escolhe entre satisfazer, desincumbindo-se do ônus, ou não ter a tutela do próprio interesse⁴²². O juiz nunca atua movido por imperativos do próprio interesse. Ao revés, dirige sua conduta a objetivos alheios à sua esfera jurídica, e por isso ao juiz, no processo, não são impostos ônus.

Lado outro, no processo não são atribuídas faculdades ao juiz, pois esta categoria jurídica prende-se à possibilidade de exercer ou não um poder tendo em vista interesse próprio, embora sem imposição evidente e imediata de consequência negativa em caso de inércia. Conforme acima explicitado, a conduta do juiz sempre se dirige à realização de interesse alheio, e por isso não se lhes associam faculdades.

jurídicas processuais. O art. 190 do CPC Br faculta às partes estipular mudanças no procedimento e convenções sobre seus “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Parece evidente que a divergência na identificação das situações jurídicas ativas e passivas deriva, em grande medida, da adoção de diversos conceitos distintos de situação jurídica.

⁴¹⁹ Cf. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 425.

⁴²⁰ Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 141.

⁴²¹ Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 126.

⁴²² Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974. P. 217.

Invertendo a perspectiva, se entendermos a faculdade do juiz como atribuição de poder discricionário, já não seria uma verdadeira faculdade, mas verdadeiro poder, e atribuição do *nomen juris* estaria incorreta.

A vinculação funcional da atuação judicial afasta também a possibilidade de se reconhecer ao juiz direitos processuais, pois não há situação de vantagem concedida pelo ordenamento, mas exercício funcional para a consecução de uma finalidade estatal.

Por conseguinte, conforme anteriormente afirmado, surgem das relações jurídicas processuais dinamizadas no curso do procedimento apenas poderes e deveres para o juiz. Ônus, direitos e faculdades processuais compreendem situações ativas pertinentes apenas às partes⁴²³.

A doutrina portuguesa e brasileira, ao tratar das atribuições do juiz para direção do processo, gestão processual e adequação formal, não mantém uniformidade terminológica, refletindo as imprecisões verificadas na lei. Conforme já explicitado, as categorias jurídicas não são idênticas, conquanto fortemente relacionadas. Porém, as atribuições do juiz, em sentido lato, associadas a estas categorias, classificam-se do mesmo modo, daí a possibilidade de tratar em conjunto as manifestações doutrinárias e legais a elas atinentes, firme no propósito de alcançar uma referência teórica adequada.

Há quem prefira, como REDONDO, a expressão deveres-poderes do juiz, ao se referir às diversas atribuições do magistrado, tais como de natureza instrutória, diretiva ou adaptativa, no curso do processo. Contudo, embora em conclusão persista destaque para o *dever* no magistrado, em contraposição ao poder, não explicita o autor o motivo de sua preferência terminológica, e por diversas vezes, no curso do texto, em ato-falho trata das atribuições como poderes do juiz⁴²⁴.

⁴²³ Para análise das situações jurídicas afetas às partes, com destaque para a controversa qualificação de direitos subjetivos processuais, cf. SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (org.). *Panorama doutrinário Mundial*. P. 769-808. Salvador: Juspodivm, 2008.

⁴²⁴ Refere-se, por exemplo, a “poderes instrutórios do juiz”, “poderes para adaptar o procedimento”, apesar de consagrar no título e subtítulos do artigo a expressão dever-poder. Cf. REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, p. 89-102, abr./jun. de 2011. P. 97, 100 e *passim*.

Mais frequente é o encontro na doutrina de referências a poderes-deveres do magistrado.

Ao tratar da gestão processual, MARIANA GOUVEIA et al. assentaram que a gestão representa, de modo simultâneo, um dever e um poder⁴²⁵. No mesmo sentido, destacando a imbricação entre poderes e deveres, destacou TEIXEIRA DE SOUSA que o juiz se vale do poder de agilizar e simplificar o processo pela via da adequação formal como instrumento para a concretização do dever de condução do processo⁴²⁶. LEBRE DE FREITAS apontou que no poder-dever de agilização do processo, corolário da gestão processual, convivem o poder de adequação com deveres do juiz, notadamente de cooperação, voltados à atuação judicial no sentido de tornar mais célere o processo⁴²⁷. FARIA destacou, em evidente exagero retórico, o poder de uso de “todos os subsídios que a imaginação consiga abarcar” para o cumprimento do dever de gestão⁴²⁸.

Referência às atribuições de adequação formal como poder-dever constam também das lições de PINTO⁴²⁹, JORGE⁴³⁰ e LAMEIRAS⁴³¹.

RODRIGUES se refere a diversos poderes-deveres diretivos derivados do princípio do inquisitório⁴³².

Registra-se uma preponderância na doutrina da expressão poder-dever, quando da referência às atribuições diretivas, adaptativas e gerenciais do juiz. Mesmo quando a expressão não é utilizada, destacam-se nas análises

⁴²⁵ Reunindo numa categoria jurídica só o poder de direção formal e o dever de adequação formal. Cf. GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário (V. I)*. Lisboa: FFMS, 2013. P. 21.

⁴²⁶ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, p. 10-14, Braga, CEJUR, jul./set. de 2013. P. 11.

⁴²⁷ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 227-228.

⁴²⁸ Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010. P. 28.

⁴²⁹ Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 329.

⁴³⁰ Cf. JORGE, Nuno Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 175-208. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 185.

⁴³¹ Cf. LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 36.

⁴³² Cf. RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 93.

estreitas vinculações entre os poderes conferidos ao juiz e os deveres impostos na norma.

Os poderes do juiz são sempre estabelecidos com uma finalidade específica. Configuram-se sempre também como deveres, porquanto revestidos invariavelmente de elemento funcional. O juiz só *pode*, porque *deve* alcançar algum objetivo. E se *deve*, certamente *pode*.

Os poderes diretivos, gerenciais e de adequação formal são deferidos para o cumprimento de uma missão – um dever –, que se identifica com o objetivo primordial de todo e qualquer processo – dirigem-se à composição do litígio de forma justa, efetiva e sem dilações indevidas.

Por vezes a lei estabelece claramente o objetivo preponderante a ser alcançado, donde deriva o dever. Esta é a estrutura da lei processual inglesa, na qual se aponta o objetivo preponderante (overriding objective) de solucionar os casos com justiça⁴³³.

Conforme bem apontou TEIXEIRA DE SOUSA, há ordenamentos em que o objetivo não se apresenta explícito, e portanto a primeira vista não seria deste elemento a fonte dos poderes do juiz. Seria o caso, em análise apressada, do ordenamento português, no qual estariam predispostos não os objetivos, “mas um meio, que é o processo equitativo a que se refere o art. 20º, nº 4, da Constituição – e justificam-se os poderes do tribunal como um elemento desse meio”⁴³⁴.

Esclareceu o autor português, entretanto, que “a diferença é aparente”. Se não há “um processo equitativo em si mesmo”, voltado este sempre para o

⁴³³ As CPR inglesas de modo conciso definem seu “overriding objective” na forma seguinte: 1.1.—(1) These Rules are a new procedural code with the **overriding objective** of enabling the court to deal with cases justly. Os subitens constantes do item seguinte, 1.1. (2), ajudam a delimitar, em termos ainda vagos e exemplificativos, o objetivo preponderante para o “tratamento de casos com justiça” enunciado na regra mãe. Transcrevo: (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable — (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate — (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.

⁴³⁴ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu. *Novos rumos da justiça cível*. BRITO, Rita (coord.). P. 7-28. Braga: CEJUR, 2009. P. 20.

alcance de “uma decisão justa”, é indiferente se apontar para o objetivo ou para o instrumento⁴³⁵.

Assim, pode-se afirmar que os poderes do juiz derivam sempre de deveres fixados no ordenamento. Estes deveres são fixados de forma genérica a) mediante explicitação de objetivos a serem alcançados, como nas CPR inglesas ou b) mediante vinculação da atividade ao princípio do processo equitativo.

Poderes e deveres coexistem nas atividades do juiz, mas não em todas, pois existem deveres puros, dissociados de correlatos poderes, mediante os quais se exige do juiz apenas atitude omissiva, em respeito a reconhecido direito de outros intervenientes no processo ou a valores essenciais do ordenamento processual⁴³⁶.

Mas não existem poderes puros atribuídos ao juiz. Poderes judiciais estão sempre vinculados à função, a objetivos estabelecidos no ordenamento, e por isso nascem indissociavelmente ligados a correlatos deveres. Sempre que a lei diz que o juiz *pode*, em verdade está a vincular a atuação a determinado objetivo, e a depender das necessidades concretas de atuação judicial para o alcance desta missão, o juiz não *pode*: *deve*.

Raras vezes o poder e o dever se apresentam de forma expressa no comando normativo. Não obstante, assim registrou-se no dispositivo que é um marco, verdadeira certidão de nascimento, dos poderes diretivos (e, por conseguinte, também dos poderes adaptativos e gestionários) no processo português: o art. 27 do Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro. Como a denotar a vinculação inescapável assentou-se que o juiz “*pode e deve* tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça”.

⁴³⁵ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu. *Novos rumos da justiça cível*. BRITO, Rita (coord.). P. 7-28. Braga: CEJUR, 2009. P. 20-21.

⁴³⁶ Exemplo de dever puro pode ser encontrado no dever do juiz de tratar os intervenientes do processo com urbanidade, previsto no art. 360, IV, do CPC Br. Também o dever de imparcialidade, expresso em Portugal no art. 205º da CRP.

Em muitos casos a lei expressa o direcionamento da conduta judicial por meio de outros termos, porém com o sentido de poder-dever. Utiliza-se por vezes da expressão “caberá ao juiz”⁴³⁷, ou “incumbe ao juiz”⁴³⁸, ou “competete ao juiz”⁴³⁹, ou ainda “cumpre ao juiz”⁴⁴⁰ com nítida atribuição de um objetivo a ser atingido e um instrumento apto a viabilizar seu alcance.

Também quando a lei expressamente consigna apenas um dos elementos, falando apenas em “poder” ou “dever” do juiz, não está necessariamente a excluir a incidência daquele não explicitado. Quando o art. 604º, 8, do CPC Pt, diz que o juiz *pode* alterar a ordem de produção de provas prevista em lei, “nos casos em que tal se justifique”, está a afirmar que o juiz *deve* promover a alteração se presentes os elementos justificadores. Do mesmo modo, quando no art. 516º, 3, do CPC Pt, se afirma que “o juiz *deve* obstar a que os advogados tratem desprimorosamente a testemunha”, imperativo entender que o ordenamento está a conferir ao magistrado o *poder* de impedir tais desvalorosos atos.

Mesmo na melhor doutrina por vezes se encontram referências alternadas a uma mesma atribuição do juiz como poder e dever, indistintamente, em atos-falhos, como a revelar as duas faces da conduta⁴⁴¹.

⁴³⁷ V.g. CPC Br, art. 370. *Caberá* ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

⁴³⁸ V.g. CPC Pt, art. 6º, 3 — *Incumbe* ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer. Para uma extensa lista de referências a “incumbências” do juiz no CPC revogado, ligadas “a um dever vinculado”, cf. JORGE, Nuno Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, nº 3, p. 61-84, 2007. Nota 10.

⁴³⁹ V.g. CPC Br 73, Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, *competindo-lhe*: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. No mesmo sentido o art. 602º, 2, do CPC Pt.

⁴⁴⁰ V.g. CPC Pt, art. 6º. 1 — *Cumpre* ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

⁴⁴¹ V. g., TEIXEIRA DE SOUSA afirmou que “para obter a simplificação ou a agilização, o juiz dispõe do *poder* de adequação formal”. Na frase seguinte asseverou que “o juiz *deve* adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa”, e em seguida arrematou: “portanto, o juiz *pode* alterar a tramitação legal da causa”. Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, p. 10-14, Braga, CEJUR, jul./set. de 2013. P. 11.

Por todo o exposto, e em necessária síntese, tem-se que a conduta do juiz é sempre voltada à realização de uma função, compreendendo poderes e deveres. Os deveres podem se apresentar em formas puras (demandam apenas uma atitude omissiva), mas os poderes invariavelmente se apresentam vinculados a condicionamentos e deveres – são poderes-deveres.

Os poderes-deveres dividem-se em poderes-deveres vinculados (ou estrito senso) e poderes-deveres discricionários⁴⁴².

Quando a norma permite ao juiz agir de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, e por entender igualmente válidas as decisões inseridas em moldura legal relativamente ampla, configura-se o poder-dever discricionário⁴⁴³, incorretamente designado por alguns como faculdade judicial.

Não se olvida: adota-se nesta perspectiva uma terminologia incomum. Costuma-se denominar tal atribuição apenas de poder discricionário, mormente em Portugal, onde a terminologia sintética foi incorporada na lei⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵. Contudo, não merece ser obscurecida a noção de dever inerente ao exercício desta forma de poder. No exercício do poder-dever discricionário o juiz também “deve”. Embora seu dever seja definido de modo mais vago e menos controlável que o poder-dever vinculado, certamente o exercício do poder tem como meta a realização de um objetivo⁴⁴⁶.

⁴⁴² FARIA e LOUREIRO, após concordarem que a atribuição ao juiz com nota de discricionariedade compreende também um poder-dever, registraram o uso de conceitos alternativos como “discricionariedade vinculada” e “discricionariedade exercida em função dos deveres do cargo”. Cf. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 2013. P. 45.

⁴⁴³ Ou “discricionariedade vinculada”, “no sentido de que o poder de escolha deve ir endereçado a um escopo” (...) “em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas que são de tomar em conta”, cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. P. 220.

⁴⁴⁴ Em Portugal o poder discricionário do juiz encontra previsão e definição na lei (art. 152º, 4, do CPC Pt) e se caracteriza como poder exercido para decisão sobre “matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador”, decisões estas a respeito das quais não são admissíveis recursos (art. 630º, 1, do CPC Pt).

⁴⁴⁵ As leis processuais brasileiras, e a doutrina, sempre se mostraram avessas ao reconhecimento da existência de poderes-deveres judiciais discricionários. Como bons argumentos cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e a liberdade do juiz. *In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (org.). Panorama doutrinário Mundial*. P. 947-960. Salvador: Juspodivm, 2008. O código de 2015, entretanto, prevê de modo inovador decisão irrecorrível do juízo de primeiro grau no art. 138, caracterizando autêntico poder-dever discricionário, sugerindo a necessidade de se revisitar o tema no Brasil.

⁴⁴⁶ Tome-se como exemplo a possibilidade outorgada pelo CPC Pt ao juiz de realização de inspeção judicial (art. 490º), classificada pela melhor doutrina como “poder discricionário” (cf.

Diversamente, quando o ordenamento aponta para um objetivo e atribui meio para sua realização, pressupondo (utopicamente) a existência de uma só decisão válida, a que realize de modo mais abrangente e eficaz o objetivo proposto, tem-se o exercício de um poder-dever estrito senso – vinculado.

Contudo, se ao juiz se atribuem sempre *poderes-deveres* (vinculados ou discricionários) e *deveres puros*, a terminologia adotada pela lei e doutrina deveria refletir essa dicotomia, porém se apresenta significativamente múltipla e variável. Consta-se o uso de pelo menos oito⁴⁴⁷ termos a denotar atribuições judiciais essencialmente caracterizadas como poderes-deveres.

Diante da multiplicidade, imperativo uma tomada de posição para a terminologia a ser usada para designar os poderes do juiz.

O uso da expressão sintética – poder – seria possível, ficando a cargo da doutrina explicitar a necessária vinculação com correlatos deveres funcionais. Contudo, não se mostra adequada a solução, pois diversos poderes são descritos na lei apenas como deveres⁴⁴⁸. A terminologia sintética, portanto, promoveria confusões⁴⁴⁹.

Do mesmo modo, falar em dever, sinteticamente, a despeito de colocar em realce a finalidade, descarta do instrumento posto à disposição do magistrado.

PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 492). Decerto o juiz “pode (...) inspecionar pessoas ou coisas”, mas apenas *pode* porque *deve* “se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão da causa”. O fato de se reconhecer ao juiz uma certa margem de liberdade para decidir realiza ou não inspeção não retira o vínculo entre o poder de concretizar o ato e sua finalidade de esclarecer fatos relevantes para a causa – vínculo entre o poder de agir e dever de realizar a promessa de estruturar um processo adequado. Do mesmo modo no processo alemão confere a ZPO (§ 272, nº 2) ao juiz, de modo discricionário, a opção de, após receber a petição inicial, em decisão irrecorrível, realizar audiência preliminar ou procedimento preparatório escrito. O juiz *pode* seguir um dos dois caminhos apenas porque, atento às necessidades do conflito, *deve* adotar o *iter* conducente à decisão mais célere e justa (cf. BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 88). Configura-se também aqui um poder indissociavelmente ligado a um dever, cujo exercício, porquanto dotado de maior liberdade, tem a nota da discricionariedade.

⁴⁴⁷ Conforme sumariado, encontram-se as seguintes referências: incumbe ao juiz; cumpre ao juiz, deve o juiz, pode o juiz, compete ao juiz, cabe ao juiz, juiz tem o poder-dever, juiz tem o dever-poder.

⁴⁴⁸ Assim o poder-dever de adequação, objeto desta investigação, previsto no art. 547º do CPC Pt.

⁴⁴⁹ Como exceção a esta regra deve ser citado o poder probatório do juiz. Diante da atuação supletiva do juiz em matéria probatória, a doutrina francamente majoritária prefere a expressão sintética. Sobre o caráter acessório e residual do poder probatório do juiz cf. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apres. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 81.

Expressões pautadas no cumprimento, incumbência, cabimento, competência para atividades se revelam insuficientes por destacarem apenas um dos elementos da equação. Denotam por vezes mais o aspecto do poder, e em outros casos o dever, de modo vago e impreciso.

A ênfase legislativa ao dever do magistrado e a associada finalidade da atividade judicial sugere a possibilidade de se usar o termo dever-poder, colocando em primeiro plano, de modo a destacar, o elemento finalístico. Contudo, a pouca adesão da doutrina especializada à expressão, e o reduzido ganho semântico, não justificam sua adoção.

A expressão poderes-deveres se apresenta como adequada, quando se leva em conta a preferência legislativa, ao menos em Portugal e no Brasil, pela expressão “dever”, e a necessária explicitação de que a atribuição compreende também um “poder”.

Conforme bem apontou PINHEIRO, o uso da expressão composta implica risco de se baralharem as posições subjetivas ativas e passivas⁴⁵⁰. Entretanto, a despeito do risco, parece evidente a vantagem, considerando a necessidade de se enfatizar que o poder só é atribuído tendo em vista a realidade de concretização de um dever.

Em conclusão, a atividade de adequação formal se realiza como poder-dever do juiz. Enfeixa ao mesmo tempo o poder de adaptar o procedimento e o dever de promover essa medida tendo em vista o objetivo de construir um caminho processual apto a compor a lide de modo efetivo, célere e justo.

Trata-se de poder-dever discricionário, na medida em que se confere ao magistrado uma ampla margem de decisão, e em muitos casos, estipula-se irrecorribilidade do ato conformador⁴⁵¹. Não se limita o juiz a pronunciar-se num

⁴⁵⁰ Cf. PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 424.

⁴⁵¹ Em Portugal a irrecorribilidade é expressamente cominada para atos de gestão e adequação no art. 630º do CPC Pt. A ZPO alemã não contém cláusula geral de adequação formal judicial, mas muitas normas habilitadoras específicas, dentre as quais a que faculta ao juiz, quando do momento do saneamento e organização do processo, realizar o ato por escrito ou em audiência. A escolha adequada do juiz, nesse caso, é expressamente irrecorrível, conforme § 272, nº 2.

único momento fixado na lei, nem num único sentido por esta admitido, e tampouco com exatas formalidades por ela prescritas⁴⁵².

Dizer que a adequação configura poder-dever discricionário, em harmonia com o conceito antes adotado, não significa dizer que o juiz pode ou não adequar, tendo por critério apenas a sua vontade. Ao revés, tratando-se também de um dever, implica sustentar que constatada a necessidade de adequação o juiz deve promovê-la, e para tanto deverá praticar um ato não predeterminado em todas as suas nuances pela norma, cuja especificação depende de análise do caso concreto.

Existem manifestações majoritárias em sentido contrário na doutrina portuguesa⁴⁵³, entendendo tratar-se de dever vinculado, e não mera faculdade.

⁴⁵² Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010. P. 48.

⁴⁵³ Faria sustenta tratar-se de poder-dever vinculado com base em três argumentos: a) os critérios determinantes da opção procedimental não são de conveniência e oportunidade, e já se mostram suficientemente densificados pelo legislador; b) envolvem uma mera ponderação técnica, orientada pelos fins do processo e informada pelos princípios gerais do processo; c) a lei estabeleceu explicitamente um “dever”, justamente para deixar claro que há alguém com um direito à atividade, um credor, apto a exigir cumprimento. Não se manifesta aderência ao entendimento. No processo civil é artificial a distinção preconizada nos itens a) e b), pois em qualquer ato do juiz haverá uma orientação pelos fins do processo e incidência dos princípios gerais. Haverá sempre uma ponderação técnica, na qual critérios de conveniência e oportunidade serão considerados. Quanto ao argumento contido em c), não convence se se leva em consideração tratar-se de autêntico poder-dever, conforme já assentado nesta alhures nesta investigação. Ademais, em outra passagem do texto, apenas duas páginas antes, FARIA admite a categoria dos poderes-deveres discricionários, a demonstrar que discricionariedade envolve também o reconhecimento de direitos subjetivos processuais às partes. Importante registrar que, aparentemente, a argumentação contida no texto era voltada à demonstração da recorribilidade das decisões de adequação formal, e para tanto buscou-se a classificação fundada na vinculação. Cfr. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010. P. 50-51. No mesmo sentido, defendendo tratar-se de poder vinculado com vistas à defesa da recorribilidade, cfr. LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 35. Também TEIXEIRA entendeu que a existência de “fim pré-determinado” (...) “pela letra da lei” e “pelo princípio geral da atividade jurisdicional” faz da atividade em análise “poder-dever, e não mera faculdade”, pois “não age o julgador à luz de meros juízos administrativos de conveniência e oportunidade”, cfr. TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008. P. 35. PINTO sustentou não serem discricionários os atos de adequação “quanto à eventualidade de seu decretamento: o juiz tem o dever de gestão processual” e “deve adotar a tramitação processual”. Contudo, vista a questão sob outro aspecto, presume-se adequado à solução eficiente do litígio o procedimento previsto em lei, e portanto ao juiz incumbe a escolha entre adequar ou não – agir ou não agir –, de acordo com parâmetros amplos previstos no ordenamento (notadamente a eficiência e o respeito às garantias processuais das partes), escolha esta realizada em bases em tudo semelhantes a de um prudente arbítrio. Cfr. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 407. Também contrária ao texto é a opinião de LEBRE DE FREITAS. Cfr. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 231.

Todavia, conforme já exposto, a discricionariedade, quando associada ao juiz, se reveste de particular característica que a distingue de uma faculdade. Discricionariedade judiciária é sempre condicionada e vocacionada, pois antes de ser adjetivo – discricionária –, é substantivo: poder-dever.

A resistência da doutrina portuguesa ao reconhecimento do agir judicial adequado como discricionário parece ter forte vínculo com crença na necessidade de controle pela via recursal do ato de adequação. No regime do CPC de 1995, atos praticados no uso de poder discricionário não eram recorríveis. Se já havia resistência ao poder-dever de adequação, considerado muito amplo, com maior razão havia resistência a considerar este ato irrecorrível.

3.8. Adequação formal judicial como princípio, regra e cláusula geral

A presente investigação já assentou a existência de poderes-deveres de adequação formal judicial, os quais conferem situações ativas ao juiz, voltadas à promoção de determinados fins. Necessário, contudo, persistir perquirindo sobre eventual enquadramento da categoria jurídica em outras molduras dogmáticas, no que tange especificamente à sua estrutura funcional e papel no sistema normativo.

A questão é controversa e os rótulos jurídicos, repletos de consequências, definitivamente importam. Se a lei não contém palavras inúteis, não é possível desprezar as variadas denominações de instrumentos processuais como princípios, poderes ou deveres. Ao revés, imperativo investigar as consequências dos enquadramentos para o sistema.

As variações interpretativas começam na própria lei. O CPC português de 1995 trazia na epígrafe do artigo 265º-A, onde consagrado o poder-dever genérico de adequação formal, referência a “princípio da adequação formal”, mas ao trasmudar-se no art. 547º do novo CPC, com sutis variações redacionais, passou a constar na epígrafe apenas “adequação formal”.

A perplexidade demonstrada pela análise do ordenamento português impõe a formulação de pertinentes indagações: a adequação formal judicial deixou-se classificar como princípio? A referência na epígrafe fazia dela um princípio? Existe diferença entre ser ou não ser um princípio? Quais? Poderia ou pode ser considerada um princípio e uma regra ao mesmo tempo? E se pode ser uma regra, amolda-se como cláusula geral?

O texto adiante se propõe a apresentar respostas a estas questões, adiantando, para uma melhor compreensão, que as categorias não são mutuamente excludentes, e que a adequação formal judicial tem pertinência com todas elas.

Princípios, consoante a doutrina de ÁVILA, nesta investigação adotada⁴⁵⁴, são espécies normativas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”⁴⁵⁵.

Os princípios estabelecem um fim a ser atingido, mediante fixação de um conteúdo pretendido. Por mecanismo indireto, condicionam condutas, pois os comportamentos necessários para a realização destes fins passam a constituir necessidades práticas indispensáveis, e portanto tornam-se obrigatórios⁴⁵⁶.

Não se confundem com valores, embora com eles se relacionem. Valores situam-se no plano axiológico, atribuem qualidades positivas a determinados elementos, enquanto os princípios, diversamente, atuam no campo deontológico, prescrevendo condutas necessárias para a gradual promoção de um estado de coisas tido por ideal⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Há muitas teorias sobre os princípios, e não se justifica nos estreitos limites desta investigação promover um cotejo amplo para o fim de apontar seus pontos de diferenciação, bem como as distintas visões das interações entre princípios e normas. Certo é que há muitos pontos de convergência e um núcleo de sentido estável.

⁴⁵⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 78-79.

⁴⁵⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 79-80.

⁴⁵⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 80.

O último pós-guerra marcou o início de um período de crescente valorização dos princípios processuais, pela via de sua posituação constitucional⁴⁵⁸. Este movimento perdura, a despeito de advertências para exauros da invocação inadequada da ferramenta, notadamente para o afastamento arbitrário de regras especificamente editadas para dirimir o conflito pelo poder legislativo competente.

Princípios e regras⁴⁵⁹ tem funções específicas no sistema, e atuam em regime de coordenação, não havendo hierarquia entre as citadas normas do ponto de vista da dinâmica jurídica⁴⁶⁰.

Os princípios podem constar dos ordenamentos de modo expreso, previstos nas leis ou na Constituição. Lado outro, podem derivar do sistema, quando o estado ideal de coisas a ser promovido exsurge de disposições diversas previstas no ordenamento⁴⁶¹.

O reconhecimento da existência de princípios implícitos remete à distinção entre texto e norma. Normas são o resultado da atividade interpretativa realizada a partir de textos normativos (objeto da interpretação). Não há correspondência entre normas e dispositivos, de modo que em alguns casos haverá norma mas não dispositivos específicos que lhes concedam suporte físico⁴⁶². De outra banda, há situações em que de um dispositivo derivam mais de uma norma⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. P. 95.

⁴⁵⁹ “Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 78.

⁴⁶⁰ Consoante doutrina NEVES, “do ponto de vista da dinâmica jurídica, não importa uma hierarquia linear, mas sim uma relação circular”. “Princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para as normas de decisão, são condições de aplicação dos princípios à solução dos casos”. A relação, portanto, é de circularidade e mútua dependência. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 120 e 103.

⁴⁶¹ Aprofunda a distinção GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. P. 132 e ss.

⁴⁶² Assim o princípio da segurança jurídica. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoría da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. P. 257.

⁴⁶³ Se é certo que existem núcleos de sentido construídos e sedimentados pelo uso social, não menos certo que o significado não é algo incorporado definitivamente ao conteúdo das palavras, mas algo que depende de interpretação. Não existe um “significado correto” preexistente e delimitado a ser buscado pelo intérprete, mas ao revés um significado a ser constituído, com respeito a traços de significados mínimos incorporados pelo uso ordinário ou

Assim, quando de modo expesso houver texto veiculando os elementos de um princípio, quando pouco mais que a literalidade for suficiente para adequada compreensão, pode-se dizer tratar-se de princípio explícito. Ao revés, quando para a identificação destes elementos for necessária uma exegese marcadamente sistemática, diante da ausência de texto específico a tratar da matéria, ter-se-á um princípio implícito.

Explícitos ou implícitos, tem os princípios força normativa. Orientam condutas mediante prescrições de estados ideais (ótimos) a serem alcançados e não há hierarquia ou precedência entre eles, bastando pensar que dois dos princípios nucleares do Estado de Direito, o da separação dos poderes e da segurança jurídica, não costumam estar expressos nas cartas políticas e nem por isso lhes falta reconhecimento e operatividade em sede doutrinária e jurisprudencial.

Em sociedades cada vez mais complexas, vincadas por significativos dissensos entre perspectivas morais e valorativas, os princípios constitucionais começaram a ser construídos, diante da insuficiência prática dos princípios metajurídicos, havidos do direito natural, até então bastantes⁴⁶⁴.

Forte nestas considerações pode-se afirmar que no direito português o art. 547º, contempla uma norma de natureza principiológica – o princípio da adequação formal judicial. A existência do princípio deriva da estrutura do texto⁴⁶⁵, o qual estabelece um estado ideal de coisas a ser promovido, no caso, a conformação do procedimento às necessidades da causa, tendo em vista a resolução do conflito de forma justa em prazo razoável.

técnico da linguagem. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 30-32.

⁴⁶⁴ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 117.

⁴⁶⁵ Lapidar a lição de LARENZ acerca da variedade de formas com que surgem os princípios. “Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma ‘analogia geral’ ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na consciência jurídica geral, graças à força de convicção a eles inerente”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5ª ed. rev. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. P. 577.

Irrelevante, portanto, o teor da epígrafe, a qual tem por objetivo auxiliar na interpretação a encontrar o correto sentido e alcance da norma a ser derivada do texto, mas não tem o condão de subverter a essência da norma.

Do mesmo texto deriva ainda uma regra, a estabelecer um poder-dever dirigido ao juiz, sob conformação de cláusula geral.

Cláusulas gerais são “espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”⁴⁶⁶. Trata-se de técnica legislativa contraposta à técnica da casuística das hipóteses legais⁴⁶⁷.

As técnicas se complementam nos ordenamentos, não se podendo estabelecer, a priori, uma preferência entre elas. A depender da possibilidade de previsão *ex ante* das condutas normadas, e das consequências desejadas, será preferível estabelecer com precisão hipótese de incidência e consequência jurídica ou deixar a concretização da norma ao prudente arbítrio do aplicador.

Do exposto de dessegue que o sistema jurídico se compõe de normas jurídicas distintas pela medida de rigidez ou grau de tipicidade da previsão normativa. Algumas possuem linguagem mais rígida e fornecem elementos abstratos suficientemente claros para a determinação do sentido em razão do qual é dirigida a conduta humana. Outras, ao revés, são construídas em linguagem aberta, intencionalmente vaga e polissêmica, e sua análise, isolada das circunstâncias fáticas e do sistema, não permite suficiente determinação do conteúdo e sentido.

As primeiras podem ser denominadas prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima, e sua aplicação resume-se a operação de *subsunção*. De outro giro, quando prescrições caracterizam-se como de regulação aberta ou vaga, com grau de tipicidade mínimo – como no caso das cláusulas gerais, princípios de direito e conceitos jurídicos indeterminados –, a aplicação demanda atividade volitiva complexa denominada *concreção*, por

⁴⁶⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010. P. 56.

⁴⁶⁷ A casuística circunscreve “particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. P. 228.

meio da qual hipóteses de incidência e consequências resultam da polaridade entre valores sistemáticos e problemáticos⁴⁶⁸.

Feitas essas considerações resta também evidenciada a possibilidade de extração de uma regra de textura aberta – cláusula geral – do art. 547º do CPC Pt. A lei não estabelece com precisão *nem a hipótese fática* (o juiz deve adequar quando identificar a existência de outro iter procedimental mais eficiente e célere que o previsto em abstrato pela norma) *nem o efeito jurídico* (deve ser adotada tramitação processual adequada às especificidades da causa). Transfere, portanto, ao aplicador, a tarefa de promover a *concreção da norma*.

3.9. Controle da adequação formal judicial

Todo poder demanda controle. Ausente este, inevitável a tendência ao abuso.

A abrangência dos poderes-deveres associados à adequação formal judicial sugere, à luz desta máxima, a relevância de se tratar das formas de controle da atuação judicial na matéria.

O primeiro dos mecanismos de controle repousa no estabelecimento de requisitos para a prática adequadora. Tanto mais específicos e claros sejam os condicionantes impostos pelo sistema, maior será a possibilidade de identificar e corrigir desvios.

Também a exigência de fundamentação idônea e suficiente propicia controle social e instrumento para controle pela via recursal.

Embora, conforme sustentou MARIANA GOUVEIA, “a rigidez normativa” não impeça “as flutuações de estilos na magistratura”⁴⁶⁹, não se pode olvidar que a possibilidade de controle se revela mais fácil quando se trata da

⁴⁶⁸ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio*. P. 413-465. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. P. 413.

⁴⁶⁹ Cf. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 142.

aplicação de prescrições pautadas em tipos rígidos, versadas em linguagem mais direta e clara. Tratando-se de normas de textura aberta, como é o caso, o controle torna-se mais complexo e sofisticado⁴⁷⁰, tendo em vista o elevado grau de subjetividade da norma a ser extraída do texto legal, em cada caso concreto.

Há sistemas, como o brasileiro, nos quais se prevê possibilidade ampla de recurso para combate ao ato de adequação⁴⁷¹. Em outros casos os atos de adequação em regra são irrecorríveis, conforme disciplina dada pelo CPC Pt.

Não há como afirmar com segurança e de modo generalizado o melhor caminho. A irrecorribilidade pode resultar em arbítrio, ao passo que a recorribilidade ampla pode afastar o procedimento dos fins objetivados pela adequação, promovendo atrasos e incidentes desnecessários.

De todo modo, eventuais alegações de vícios nas decisões de adequação deverão ser apreciadas sob o crivo de uma visão instrumentalista. Não há nulidade sem prejuízo⁴⁷², e portanto eventuais irregularidades identificadas na alteração do rito pelo magistrado poderão ser relevadas se não evidenciadas máculas às garantias processuais das partes.

Em Portugal, quando da positivação da adequação formal em 1995, manteve o legislador uma espécie de reserva mental em relação à capacidade dos juízes de usar corretamente a ferramenta, tanto que manteve inalterada a regra da recorribilidade prevista no art. 679⁴⁷³.

Posteriormente, foi dado passo adiante com a inversão da perspectiva original. De acordo com o art. 630º do CPC Pt, passaram a ser irrecorríveis os atos praticados no exercício do poder-dever de adequação formal “salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a

⁴⁷⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006. P. 72.

⁴⁷¹ Se não previsto o recurso de agravo para o caso, por ausência de enquadramento nas hipóteses do art. 1.015 do CPC Br, viável o manejo da ação denominada mandado de segurança, como sucedâneo recursal previsto na Constituição Federal, cf. Lei nº 12.016/2009.

⁴⁷² Cf. art 195º do CPC Pt.

⁴⁷³ Cf. GERALDES, António Santos Abrantes. Processo especial experimental e litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 153-173. Coimbra: Coimbra, 2007. P. 165.

aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios”⁴⁷⁴.

Mas, conforme bem apontou RUI PINTO, interpretação conforme a constituição não permite restringir a recorribilidade apenas a estes casos, pois a exegese literal conduziria à violação aos princípios do acesso à justiça e processo equitativo. Assim, também se a adequação contender com outros princípios-garantia, tais como o da publicidade, fundamentação e vedação das decisões-surpresa, será possível o recurso⁴⁷⁵, nos moldes preconizados no art. 644º.

Há uma outra questão a respeito do controle da decisão adequadora a desafiar a análise. Prevê o art. 280º da CRP a possibilidade de recurso dirigido ao Tribunal Constitucional com vistas a afastar por inconstitucionalidade sequência procedimental prevista abstratamente na lei. Caso a sequência seja estabelecida, no exercício do poder-dever de adequação formal, acredita-se que a mesma possibilidade recursal se apresenta, desde que o recorrente logre demonstrar que o juiz aplicou normas inconstitucionais ao construir o procedimento adequador, ou que violou princípios constitucionais⁴⁷⁶.

3.10. Eficiência e a adequação formal judicial

A compreensão adequada da dimensão e alcance da adequação formal judicial depende da aceitação do carácter proeminente assumido pela ideia de eficiência nos ordenamentos processuais hodiernos.

A eficiência é patrimônio de diversas ciências sociais e humanas, donde deriva um carácter multifacetado de seu conceito, bem como a estreita conexão

⁴⁷⁴ A restrição recursal decorreu de proposta da ASJP, em questão que dividiu a doutrina e foi motivo de acesa polémica. Cf. ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013. P. 106-110.

⁴⁷⁵ Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 407.

⁴⁷⁶ Cf. PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014. P. 408.

ao outros conceitos afins, tais como efetividade, produtividade, economicidade, racionalidade e eficácia⁴⁷⁷.

Consoante doutrina de EDUARDO COSTA, significa a “relação de identidade entre o estado de fato decorrente da efetivação de uma regra e o estado ideal de coisas desejado pelo princípio inspirador desta regra”⁴⁷⁸. Relaciona em graus os meios empregados aos resultados alcançados. Diante de finalidades pré-estabelecidas, será tanto mais eficiente uma ação na medida em que os objetivos se alcancem com o menor esforço e dispêndio possíveis⁴⁷⁹.

Não se deve confundir a eficiência com seus afins. Racionalidade e produtividade⁴⁸⁰ são conceitos operacionais da ciência econômica, reduzida a utilidade destes na seara jurídica. Eficácia é aptidão da norma para a produção de efeitos (plano do dever-ser; conceito lógico-normativo), e efetividade um efeito desejado da norma no mundo fenomenológico (plano do ser, conceito sociológico-normativo), “a medida da realização concreta (=posterius fáctico) dos efeitos calculados”⁴⁸¹.

No Estado Democrático de Direito, não se mostra suficiente que a atuação estatal seja eficaz (apta a produzir efeitos) e efetiva (realize a finalidade proposta), é preciso que o objetivo seja alcançado de modo eficiente, com o menor dispêndio possível de recursos⁴⁸². A eficiência registra toda uma tábua de graduações que existe entre a efetividade e a inefetividade, e

⁴⁷⁷ Cf. MELO, Pedro. *O juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas*. O Direito, nº 141, IV, p. 911-953, 2009. P. 913.

⁴⁷⁸ Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo, ano 30, nº 121, 275-301, mar. de 2005. P. 275.

⁴⁷⁹ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, ano 39, nº 233, p. 65-84, jul. 2014. P. 67, *passim*.

⁴⁸⁰ Diante de opções diversas, e premido pela escassez, o agente racional busca eficiência de custos, almejando maior benefício líquido (produtividade). Para análise dos conceitos sob perspectiva econômica cf. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2002. P. 37-41.

⁴⁸¹ Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo, ano 30, nº 121, 275-301, mar. de 2005. P. 280.

⁴⁸² À evidência, há uma interligação próxima destes conceitos, os quais operam em planos distintos e em muitos casos se confundem e são usados como sinônimos pela doutrina.

“simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”⁴⁸³.

Fixada a ideia de eficiência, cumpre registrar que se trata de princípio com assento constitucional implícito no ordenamento português⁴⁸⁴, e constante de forma explícita na carta política brasileira⁴⁸⁵. No plano legal, não contempla o CPC Pt norma explícita consagradora do princípio da eficiência, nos moldes da agora prevista no ordenamento brasileiro⁴⁸⁶, mas as referências indiretas são muitas, cabendo destacar a proibição da prática de atos inúteis (art. 131º), a preferência pela forma que nos termos mais simples se mostre suficiente ao alcance da finalidade (art. 131º, nº 1), bem como a restrição à nulificação de atos quando a irregularidade não for apta a influir no exame ou na decisão da causa (art. 195º)⁴⁸⁷.

Recentemente em Portugal o Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, positivou no art. 5º o “princípio da boa administração”, delimitado pela via da integração construtiva

⁴⁸³ Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo, ano 30, nº 121, 275-301, mar. de 2005. P. 282.

⁴⁸⁴ Para LOUREIRO, “o princípio da eficiência tem dignidade constitucional”, e sequer “é necessário recorrer, como faz a doutrina alemã, ao direito constitucional não-escrito ou afirmar que estamos perante um princípio estrutural pré-dado”. Citado autor, contrariamente ao defendido nesta investigação, pensa tratar-se de princípio explícito, e ampara seu entendimento na cláusula do Estado Social e no art. 267º. cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*. Coimbra: Coimbra, 1995. P. 133. Reconhecendo a estatura constitucional do princípio da eficiência a partir dos art. 267º e 81º, c, da CRP, cf. LEMOS, Rafael Cavalcanti. *Delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução: aplicação do princípio constitucional da eficiência sob inspiração do direito português recém-reformado*. Revista do IDB-FDUL, ano 1, nº 8, p. 4.659-4.702, 2012. P. 4.663.

⁴⁸⁵ Estabelece o art. 37 da Constituição Federal que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*”. A doutrina brasileira sustenta a aplicação da norma também ao poder judiciário, na atividade tipicamente administrativa mas também na atividade jurisdicional, cf. STRECK, Lenio Luiz. Art. 8º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 49.

⁴⁸⁶ O CPC Br contemplou norma específica positivadora do princípio da eficiência no processo: “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*”.

⁴⁸⁷ As normas referidas são expressões do princípio da economia processual, reconhecido antecedente histórico do princípio da eficiência. ALBERTO DOS REIS, em 1907, ainda sob o regime rigoroso do código liberal, já advogava o juízo de proporcionalidade entre forma/irregularidade/objetivo ao afirmar “necessário então indagar se o acto é repugnante à índole do processo, se é subversivo da ordem formularia estabelecida, e só no caso afirmativo deve considerar-se nulidade a sua prática”. Cf. REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1907. P. 548.

dos critérios – e também princípios – da eficiência, economicidade e celeridade. A denominação do princípio revela influência do direito comunitário, notadamente do art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o qual tem por epígrafe “direito a uma boa administração”⁴⁸⁸.

A busca pela eficiência e celeridade não prescinde da superação de um dogma raras vezes explicitado na doutrina, mas que perpassa, bastas vezes inconscientemente, o raciocínio dos refratários a ideias gestionárias.

Parte-se de uma verdade – as garantias processuais devem ser respeitadas – e, por via de indevida generalização, promove-se tal assertiva ao patamar de direito absoluto, implicando visão incompatível com os parâmetros da igualdade e proporcionalidade.

A utopia do caráter absoluto do respeito às garantias processuais tem como implícita a premissa de que os recursos utilizados para a solução de determinado processo não interferem nem sofrem interferência dos demais em trâmite na unidade judiciária. Seriam completamente independentes. Por conseguinte, as partes teriam sempre direito ao uso de todas as ferramentas processuais previstas abstratamente na lei, independentemente da proporção entre o benefício econômico buscado com a ação e os custos gerados pela demanda.

No senso comum infiltrou-se com energia até mesmo a ideia, difundida por IHERING, de que o uso de todas as ferramentas processuais seria até mesmo mais que um direito, seria “um dever de todo homem para consigo combater por todos os meios de que disponha a desconsideração para com sua pessoa no desprezo de seu direito”⁴⁸⁹.

Na realidade atual a multiplicidade de demandas acentua a escassez de recursos e explicita o romantismo desta visão.

Os recursos humanos e materiais são limitados, em todas as esferas sociais, e não poderia ser diferente no sistema judiciário. Assim, os recursos

⁴⁸⁸ Para uma crítica otimista, inclusa análise da interação com a norma europeia, cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios do novo Código de Procedimento Administrativo. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (org.). *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. P. 169-206. Lisboa: AAFDL, 2015.

⁴⁸⁹ Cf. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 16ª ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 21.

dirigidos à solução de um conflito necessariamente influenciam a resolução dos demais, no mínimo provocando atrasos.

Embora no mais das vezes de difícil mensuração, é preciso aceitar que a cada ato praticado no processo pode-se associar: a) um custo (tomado na forma ampla de dispêndio de recursos, pelas partes ou pelo tribunal, e incluindo o custo decorrente do transcurso do tempo) marginal, no mais das vezes de difícil mensuração mas sempre existente; b) reflexos nos demais processos em tramitação na unidade judiciária.

Via de regra e na maioria das vezes, os custos são aceitáveis e proporcionais à natureza do objeto litigioso. São, portanto, adequados, porquanto ponderados e conformados pelo legislador.

Em alguns casos, contudo, os custos não apenas transbordam o proporcional tanto numa perspectiva endógena (relação entre o custo do ato e o objeto litigioso) quanto numa visão exógena (impactam sobremaneira a capacidade de resposta da unidade judiciária de modo a provocar reflexos significativos nos demais processos em trâmite na unidade).

Quando a afastada a premissa utópica acima criticada – “garantias processuais são absolutas e devem ser observadas independentemente da proporção existente entre custos da demanda e objeto litigiosos, desprezíveis eventuais impactos em outros processos” – sobressai o princípio da eficiência em nova dimensão, a qual contempla relações entre fins e meios no processo (endógena) mas também a relação de proporcionalidade entre o dispêndio de recursos dos diversos processos existentes no sistema judicial.

PROTO PISANI ao elaborar projeto para um novo CPC italiano abraçou essa ideia de eficiência abrangente e propôs inserção, em capítulo destinado a normas fundamentais, de artigo disciplinador do princípio da eficiência, no qual se ordena o emprego *proporcional* dos recursos judiciais tendo em vista a justa composição do litígio em prazo razoável *tendo em conta a necessidade de reservar recursos para outros processos*⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ 0.8 Efficienza del processo civile. — È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi. Cf. PISANI, Andrea Proto. *Per un nuovo codice di procedura civile*. Il foro Italiano, parte 5, c. 5, 2009.

Também as CPR inglesas comungam desta visão e estabelecem, em privilegiada localização, quando da definição do objetivo preponderante, que lidar com os casos de forma justa implica alocar a cada processo apenas uma parcela dos recursos existentes na unidade, levando em consideração a necessidade de alocar recursos para outros casos⁴⁹¹.

Outra fonte relevante para o dimensionamento dos conceitos de gestão/adequação processual são os Princípios do Processo Civil Transnacional, resultado de investigação levada a efeito por duas entidades ligadas aos estudos jurídicos, American Law Institute (ALI) e International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Assinala VERKERK que em 1997 a ALI iniciou estudos para formulação de um código de regras processuais transnacionais. A UNIDROIT uniu-se em 2000 ao projeto, e desde então o trabalho acadêmico vem servindo de inspiração para países que desejem reformar seus sistemas processuais^{492_493}.

Segundo o art. 14 da obra citada, tão cedo quanto possível deve o juiz gerenciar ativamente o procedimento, em agir discricionário voltado à construção de um processo justo, eficiente e célere⁴⁹⁴.

Em conclusão, a perspectiva de um procedimento justo não pode se afastar da ideia de eficiência. Ao remeter a decisão adequada para uma análise ponderada entre meios e fins, de modo indireto está a lei a ordenar um uso eficiente de recursos, materiais e temporais.

⁴⁹¹ The overriding objective. 1.1.—(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable (...) (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, *while taking into account the need to allot resources to other cases*. Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 75.

⁴⁹² A investigação atualizada pode ser obtida no sítio da entidade: www.unidroit.org/english/documents/2005/study76/s-76-13-e.pdf.

⁴⁹³ VERKERK, R. R. What is judicial case management? A transnational and European perspective. In: RHEE, C. H. van (ed.). *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. P. 27-55. Antuérpia: Intersentia, 2008. P. 29.

⁴⁹⁴ Tradução livre. Eis o texto original. 14. Court Responsibility for Direction of the Proceeding. 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Estudo sobre a evolução em Portugal da disciplina da direção formal do processo, na acepção ampla que incorpora a adequação formal e a gestão processual, evidenciou a existência de quatro momentos. Coincidem referidos momentos, via de regra, com a edição de códigos de processo civil portugueses ou de substanciais reformas. A estes momentos podem ser relacionados arquétipos de juízes, de acordo com os poderes-deveres diretivos, de adequação e gestionários a eles atribuídos.

2. Identificou-se um período liberal, iniciado com a edição do Código de Processo Civil de 1876, no qual se destacava a figura de um juiz árbitro, totalmente passivo e quase sem poderes diretivos, porquanto vigorava na tramitação dos feitos o império da vontade das partes.

3. Sob a égide do ideário de ALBERTO DO REIS, emergiu com o Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro, um período publicista, no qual a um juiz ativo foram atribuídos amplos poderes diretivos e instrutórios.

4. Os poderes do juiz foram incrementados ao longo das reformas ocorridas até a década de 1990. Por ocasião da edição do CPC de 1995, ocorreu mais um reforço dos poderes judiciais, mediante positivação de uma cláusula geral de adequação formal, mas desta feita o incremento nos poderes veio acompanhado da positivação do princípio da cooperação, destinado a equilibrar os poderes dos intervenientes do processo. Do juiz cooperante surgido com esta reforma se esperava uma atitude de reforço e respeito pelo contraditório efetivo.

5. A ampliação temperada e redimensionada levada a efeito no CPC de 1995, após um período marcado por transição e experimentação, consolidou-se com o CPC de 2013. O juiz gestor teve ampliados os poderes diretivos, agora redimensionados e reorientados para obtenção de ganhos de eficiência no trilhar do caminho para a rápida e justa resolução do litígio.

6. A linha evolutiva portuguesa coincide com tendência mundial de reforço dos poderes dos juízes e valorização das concepções centradas na eficiência quando da construção/adequação de procedimentos.

7. Para análise do fenômeno formalista, no qual se encontram inseridas as possibilidades de direção do processo e adequação formal, indispensável se fez breve análise e delimitação conceitual de fenômenos centrais da teoria processual (processo e procedimento), continentes do formalismo processual.
8. Compreende o formalismo acepção abrangente, a denotar a totalidade formal do processo, abarcando não só os elementos tipicamente formais em sentido estrito (extrínsecos) como especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos intervenientes do processo, a coordenação de suas atividades, ordenação do procedimento com escopo de alcance das finalidades do processo.
9. O formalismo revela sua dimensão e importância na exata medida em que se presta à função de garantia (forma-garantia), de um lado, e em outra vertente instrumentaliza a atuação prática de diversos valores e princípios do ordenamento (forma-função).
10. Justifica-se a revisão da tradicional classificação bipartida dos sistemas procedimentais, separados de acordo com o grau de rigidez formal, em molde a crescer um terceiro gênero que considere a concepção de uma forma temperada de procedimento, dotada de formas típicas mas com mecanismos eficientes predispostos à flexibilização, com clara preponderância da instrumentalidade das formas.
11. O ordenamento processual português, na classificação proposta, se alinha como sistema de legalidade temperada das formas processuais.
12. Processo equitativo, na dimensão que se lhe deve conceder na atual quadratura dos estudos processuais, não pode ser compreendido sem estreito vínculo com o conceito de adequação.
13. Deriva do processo equitativo o princípio da adequação, a designar a imposição sistemática de dever ao legislador para a construção de modelos procedimentais aptos à tutela plena e tempestiva dos direitos.
14. Na dimensão legislativa do princípio da adequação, três fatores – subjetivo, objetivo e teleológico – devem ser considerados pelo legislador, de modo simultâneo, para que tutela jurisdicional se faça com eficiência.
15. Ao lado desta dimensão abstrata, voltada ao legislador, incide o princípio da adequação também em dimensões concretas, denominadas adequação

judicial e negocial, para a solução de específicos conflitos já judicializados ou potencialmente judicializáveis.

16. Diante da impossibilidade de prever *ex ante* e abstratamente as múltiplas necessidades de procedimentos para a tutela dos direitos, os sistemas processuais devem estabelecer, em maior ou menor extensão, mecanismos para realização do princípio da adequação em suas dimensões judicial e negocial.

17. Tomados como critérios classificadores a) o interveniente processual autorizado para a promoção da adequação e b) os instrumentos utilizados para o desempenho da função, identificam-se quatro sistemas voltados à realização em concreto da adequação: sistema de adequação judicial legal alternativa, sistema de adequação judicial legal genérica, sistema de adequação judicial principiológica, e sistema de adequação negocial.

18. Por evidente, estes sistemas não se apresentam em formas puras, e de forma esquemática são apresentados apenas para fins didáticos. O comum é que os ordenamentos processuais se utilizem das ferramentas características destes sistemas de forma mesclada e ponderada.

19. Em Portugal vigora um sistema em que se destaca poderosa cláusula de adequação formal legal genérica (art. 547º), temperada por ferramentas específicas de adequação judicial e negocial, esta última apenas na forma típica.

20. Afastadas outras vertentes da atuação judicial, foi conceituada a adequação formal judicial como poder-dever do juiz de conformar o procedimento de acordo com as especificidades da causa, mediante adaptação de conteúdo, forma e sequência dos atos processuais às finalidades do processo, assegurado o processo equitativo.

21. Outras delimitações conceituais concorreram para elucidar o objeto da investigação.

22. Os poderes-deveres diretivos a) surgiram com a viragem publicística amalgamados com os poderes inquisitórios; b) foram aumentados em todas as reformas promovidas desde então; c) tiveram seu maior incremento com a positivação do poder-dever de adequação formal (CPC de 1995); d) subordinaram-se ao poder-dever de gestão, tornando-se dele instrumento e parte integrante, com o CPC de 2013.

23. A positivação da gestão processual promoveu a consagração de uma nova racionalidade para o exercício da função jurisdicional, na qual observados os limites constitucionais e legais um juiz manager, produtivo, plástico, pragmático e informal é provocado a administrar recursos, impelido por metas, sob controle social e com foco em resultados.
24. A adequação formal judicial alinha-se como sub-princípio e ferramenta da gestão processual.
25. O princípio do inquisitório teve origem em poderes de iniciativa probatória amalgamados com poderes diretivos, mas com o passar dos anos alcançou autonomia conceitual e legislativa, e atualmente prende-se à disciplina da prova, e portanto não se pode considerar o inquisitório como conceito abrangente dos poderes diretivos, oficiosos e de adequação.
26. A adequação formal judicial, quanto ao seu objeto, dirige-se não só ao correto dimensionamento dos atos processuais em sua forma e conteúdo, mas também incide sobre a sequência estruturada da cadeia procedimental.
27. São quatro os requisitos para a adequação formal judicial.
28. O primeiro dos requisitos é o da necessidade objetivamente demonstrada de modificação do procedimento fixado em lei para o alcance das finalidades do ato ou do processo, pois presume-se que o procedimento traçado na lei corresponde ao rito que melhor assegura a realização dos valores últimos do ordenamento processual.
29. O segundo requisito se traduz no respeito ao contraditório, o qual em regra deve ser prévio. Em casos excepcionais poderá ser postergado o diálogo judiciário se constatado que a oitiva prévia implicará supressão ou significativa perda das vantagens derivadas da adequação.
30. O terceiro requisito pode ser definido como fundamentação idônea e suficiente. Notadamente deve constar da decisão a) o formalismo previsto em lei para o caso; b) o formalismo adotado em ação adequadora; c) a demonstração de que o formalismo adotado é significativamente mais adequado que o formalismo legal, por “dar mais efetividade à tutela do direito”, com mais celeridade e eficiência, e trazendo “a menor restrição possível à esfera jurídica do réu”; d) considerações acerca das manifestações das partes acerca da adequação proposta; e) caso não tenha ocorrido contraditório prévio,

demonstração da necessidade de se postergar o contraditório no caso concreto.

31. O quarto requisito, de natureza negativa, traduz-se como ausência de violação aos direitos processuais das partes. Se impossível prever as hipóteses de adequação de modo específico, impossível também traçar os seus limites designadamente. A textura aberta dos princípios restou como meio único de traçar um limite à atividade adequadora, com todas as dificuldades práticas decorrentes da opção.

32. Surgem das relações jurídicas processuais dinamizadas no curso do procedimento apenas poderes-deveres (vinculados e discricionários) e deveres puros para o juiz. Ônus, direitos e faculdades processuais compreendem situações ativas pertinentes apenas às partes.

33. A atividade de adequação formal se realiza como poder-dever do juiz. Enfeixa ao mesmo tempo o poder de adaptar o procedimento e o dever de promover essa medida tendo em vista o objetivo de construir um caminho processual apto a compor a lide de modo efetivo, célere e justo. Trata-se de poder-dever discricionário, na medida em que se confere ao magistrado uma ampla margem de decisão, e em muitos casos, estipula-se irrecorribilidade do ato conformador.

34. Do art. 547º do CPC Pt deriva norma de natureza principiológica – o princípio da adequação formal judicial. A existência do princípio deriva da estrutura do texto, o qual estabelece um estado ideal de coisas a ser promovido, no caso, a conformação do procedimento às necessidades da causa, tendo em vista a resolução do conflito de forma justa em prazo razoável.

35. Contempla ainda o citado art. 547º uma regra, estruturada como cláusula geral, porquanto o dispositivo não estabelece com precisão nem a hipótese fática (o juiz deve adequar quando identificar a existência de outro iter procedimental mais eficiente e célere que o previsto em abstrato pela norma) nem o efeito jurídico (deve ser adotada tramitação processual adequada às especificidades da causa). Transfere, portanto, ao aplicador, a tarefa de promover a concreção da norma.

36. O controle da adequação formal judicial se realiza pelo estabelecimento de requisitos, exigência de fundamentação e pela via recursal. Em Portugal, a despeito da evidenciada intenção de restringir os recursos aos casos de

violação de nominados princípios, interpretação conforme a constituição impõe a possibilidade de controle pela instância superior também se outros princípios, não nominados na lei, restarem violados.

37. A compreensão adequada da dimensão e alcance da adequação formal judicial depende da aceitação do caráter proeminente assumido pela ideia de eficiência nos ordenamentos processuais hodiernos.

38. Trata-se de princípio com assento constitucional implícito no ordenamento português, referências diversas implícitas no CPC Pt, assento expresso no CPA e em normas comunitárias.

39. A perspectiva de um procedimento justo não pode se afastar da ideia de eficiência. Ao remeter a decisão adequadora para uma análise ponderada entre meios e fins, de modo indireto está a lei a ordenar um uso eficiente de recursos, materiais e temporais.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coordenada por Alfredo Bosi, colab. Maurice Cune *et al.* 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 85-110. CEJ, dez. 2013.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio*. P. 413-465. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALEOTTI, Francisco Emilio. *Poderes do juiz na adaptação do procedimento*. Revista de Processo, nº 213, ano 37, p. 389-408, nov. 2012.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. Revista de Processo, ano 7, nº 27, p. 186-199, jul./set. de 1982.
- BEDAQUE, José Roberto Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição da competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

- BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUSA, Miguel Teixeira de (org.). *Aspectos do novo processo civil*. P. 31-69. Lisboa: Lex, 1997.
- CABRAL, José António Henriques dos Santos. *Constituição e Jurisdição: novos desafios e velhas questões*. Julgar, nº 13, p. 11-28, 2011.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ, V. VI, nº 6, P. 135-164, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570>. Acesso em 9.9.2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. *Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil*. In: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. P. 484-521. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. V. I. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Revista de Processo, ano 39, nº 228, p. 360-375, fev. de 2014.
- CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Principios de derecho procesal civil*. T. II. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil, v. II*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. 2ª ed. P. 59-72. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CORREIA, João. As linhas orientadoras da reforma do processo civil. In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 51-57. CEJ, dez. 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. P. 171-186. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo, ano 30, nº 121, 275-301, mar. de 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, ano 39, nº 233, p. 65-84, jul. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In:

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. P. 27-62. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIDIER JR., Fredie. Princípio da adequação jurisdicional do processo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. P. 153-164. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Gênesis, nº 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, V. I*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, V. II*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas*. Revista de Informação Legislativa, ano 38, nº 180, p. 99-120, abr./jun. de 2001.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.
- FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.
- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Código de Processo Civil. V. I*. Coimbra: Almedina, 2013.
- FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental: a gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., rev. e aum., 39ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- FREITAS, José Lebre de. Em torno da revisão do direito processual civil. ROA, nº 55, p. 5-18, 1995.
- FREITAS, José Lebre de. A crise e o processo civil. BARRETO, Antônio (org.). *Justiça em crise? Crises da Justiça*. P. 275-282. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013.
- FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado. Vol. 1*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado, V. 1º*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

FREITAS, José Lebre de. Experiência-piloto de um novo processo civil. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 209-223. Coimbra: Coimbra, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Novo CPC, doutrina selecionada, V. 1, parte geral*. P. 523-545. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, p. 163-177, abr./jun. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio da adequação formal no direito processual civil português*. RIDB/FDUL, ano 1 (2012), nº 11, p. 6.665-6.685.

GALINDO, Andrian de Lucena; MENEZES, Iure Pedrosa. Reflexões sobre as execuções de alimentos no direito hodierno. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BASTOS, Antonio Adonias (org.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. P. 165-186. Salvador: Juspodivm, 2012.

GERALDES, António Santos Abrantes. Processo especial experimental e litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 153-173. Coimbra: Coimbra, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8ª ed. P. 369-383. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado: decreto-lei nº 108/2006, de 8 de junho*. Coimbra: Almedina, 2006.

GOUVEIA, Mariana França. A acção especial de litigância de massas. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 137-173. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOUVEIA, Mariana França de. *Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil a serviço do cidadão*. Julgar, nº 1, p. 47-65, 2007.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – o sistema judiciário (V. I)*. Lisboa: FFMS, 2013.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – factos e números (V. II)*. Lisboa: FFMS, 2013.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord. Científicos). *Justiça económica em Portugal – síntese e propostas (V. III)*. Lisboa: FFMS, 2013.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

HABSCHEID, Walter J. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo: direito alemão e suíço*. Scientia Iuridica, T. XLI, nº 235/237, p. 123-127, 1992.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. Disponível em: www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt. Acesso em 10.8.2016.

HOMEM, António Pedro Barbas. Introdução breve. In: *O juiz presidente e a gestão processual*. P. 3-5. Lisboa: CEJ, 2014.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 16ª ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JORGE, Nuno Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. In: Associação Jurídica do Porto. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. P. 175-208. Coimbra: Coimbra, 2007.

JORGE, Nuno Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, nº 3, p. 61-84, 2007.

JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. P. 117-135. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

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

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentário ao regime processual experimental*. Coimbra: Almedina, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5ª ed. rev. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LEMOS, Rafael Cavalcanti. *Delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução: aplicação do princípio constitucional da eficiência sob inspiração do direito português recém-reformado*. Revista do IDB-FDUL, ano 1, nº 8, p. 4.659-4.702, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*. Coimbra: Coimbra, 1995.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da C. Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº 1, p. 68-81, abr. 2006.

MARRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo actual*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELO, Pedro. *O juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas*. O Direito, nº 141, IV, p. 911-953, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariedade e controle judicial*. 2ª ed., 6ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas no processo civil português*. Julgar, nº 16, 2012, p. 79-97.

MENDES, Luís Azevedo. *Uma linha de vida: organização judiciária e gestão processual nos tribunais judiciais*. Julgar, nº 10, p. 105-122, 2010.

MENDONÇA, Luís Correia. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, nº 1, p. 67-98, 2007.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia*. P. 375-430. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

- MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?* RLJ, ano 145, nº 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaíos*. V. 3. 2ª ed. Trad. Sérgio Milliet. Brasília: UnB, 1987.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil. In: *O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I. 2ª ed. P. 59-83. Lisboa: CEJ, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR. Fredie (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. V. 2. P. 749-769. Salvador: Juspodivm, 2010.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo constitucional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. Revista de Processo, ano 24, nº 96, p. 59-69, out-dez 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da FDUL, v. 54, p. 179-212, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, ano 19, nº 73, p. 7-14, jan./mar. 1994.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEDROSO, João. *A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) – contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça*. Scientia Iuridica, Braga: Universidade do Minho, T. LV, nº 306, p. 263-302, 2006.

PERROT, Roger. *O processo civil no limiar do século XXI*. Revista Forense, nº342, ano 94, p. 161-168, abr./maio/jun. 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIMENTA, Paulo. *Tópicos para a reforma do processo civil português*. Julgar, nº 17, p. 109-134, 2012.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Rui. O processo civil português: diagnóstico e cura. Um exercício de teoria pura. In: PINTO, Rui (org.). *Colectânea de estudos de processo civil*. P. 9-25. Coimbra: Coimbra, 2013.

PINTO, Rui. Critérios judiciais de convalidação não homogénea pelo art. 16º do Regime Processual Experimental Civil. In: PINTO, Rui (org.). *Colectânea de estudos de processo civil*. P. 27-68. Coimbra: Coimbra, 2013.

PINTO, Rui. *Gestão processual, tribunais de competência específica, competência em razão da forma e oralidade: quatro reflexões avulsas diante da Lei nº 52/2008, de 23 de agosto*. Separata de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, edição da FDUL, p. 837-862, 2010.

PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014.

PINTO, Rui. *A questão do mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2009.

PINTO, Rui. *Manual da execução e despejo*. Coimbra: Coimbra, 2013.

PISANI, Andrea Proto. *Per un nuovo codice di procedura civile*. Il foro Italiano, parte 5, c. 5, jan. de 2009.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios do novo Código de Procedimento Administrativo. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (org.). *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. P. 169-206. Lisboa: AAFDL, 2015.

RAMOS, José Luís Bonifácio. "Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil". In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Vol. I. P. 917-956. Coimbra: Coimbra, 2013.

RAPOSO, João Vasconcelos; COELHO, Luísa; CARVALHO, Luís Baptista; FERNANDES, Susana. *Gestão processual – experiência de serviço num mega-juízo*. Julgar, nº 20, p. 97-126, 2013.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. T. I. Trad. Sentís Melendo e Marino Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1957.

REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, p. 89-102, abr./jun. de 2011.

REGO, Carlos Francisco Lopes do Rego. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

REGO, Carlos Francisco Lopes do. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de acção declarativa*. Julgar, nº 16, p. 99-129, 2012.

REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário civil e comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1907.

REIS, José Alberto dos. *Processos especiais*. V. 1. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1982.

REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

REIS, José Alberto dos. *O novo código de processo civil*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 72, p. 161-166 e 193-196, 1939/40.

RHEE, C. H. van. Introduction. In: RHEE, C. H. van (ed.). *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. P. 1-9. Antuérpia: Intersentia, 2008.

RICARDO, Luís Carvalho. O dever de gestão processual: três anos de aplicação no Tribunal de Pequena Instância Cível do Porto. In: BRITO, Rita (org.). *Colectânea de decisões e práticas judiciais ao abrigo do Regime Processual Civil Experimental*. P. 175-182. Braga: CEJUR, 2009.

RICARDO, Luís Carvalho. *Regime Processual Civil Experimental anotado e comentado*. Braga: CEJUR, 2007.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

SÁ, Eduardo Alves de. *Commentario ao Codigo do Processo Civil Portuguez*. 1º Vol. Lisboa: Typ. De Cristóvão Augusto Rodrigues, 1877.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, 9ª ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1977.

SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. *Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes*. Trad. Paulo Ramos de Faria. Julgar, nº 19, p. 189-206, 2013.

SILVA, Michel Ferro. *O princípio da adaptabilidade do procedimento e o novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, V. 1, p. 31-36, mar. de 2016. Disponível em: www.esmpa.tjpa.jus.br/esmpa/conteudo.php?op=56. Acesso em 12.8.2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Paula Costa e. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, T. 2, p. 137-149, abr./jun. de 2011.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (org.). *Panorama doutrinário Mundial*. P. 769-808. Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, Artur Stamford da. *As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmann*. Revista da Esmape, v. 3, nº 7, p. 43–66, jan./jun. de 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* Disponível em: www.academia.edu/10210886/M._Teixeira_de_sousa_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancia. Acesso em 3.9.2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. “*Apreciação de alguns aspectos da ‘Revisão do Processo Civil – Projecto’*”. Revista da Ordem dos Advogados, nº 55, Vol. II, Lisboa, p. 353-416, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu. *Novos rumos da justiça cível*. BRITO, Rita (coord.). P. 7-28. Braga: CEJUR, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, nº 43, p. 10-14, Braga, CEJUR, jul./set. de 2013.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. São Paulo: EDUSP, 1981.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 8º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STÜRNER, Rolf. *Oralidade e escritura no processo civil europeu*. Trad. Ronaldo Kochem. Revista de Processo, nº 223, p. 111-130, 2013.

- STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. *Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais*. Revista de Processo, nº 200, ano 36, p. 203-234, 2011.
- TALAMINI, Eduardo. *O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente*. Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 134, P. 137-163, abr./jun. de 1997.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org., apres. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (coord.). *Regime Processual Civil Experimental: simplificação e gestão processual*. P. 9-51. Braga: CEJUR, 2008.
- TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto A. Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)*. ROA, nº 55, p. 847-932, 1995.
- VERKERK, R. R. What is judicial case management? A transnational and European perspective. In: RHEE, C. H. van (ed.). *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. P. 27-55. Antuérpia: Intersentia, 2008.
- VICENTE, Dário Moura. *O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, separata da Revista da FDUL, 2010, pp. 401-429.
- VILELA, Hugo Otávio Tavares. *O juiz e a história*. RIDB-FDUL, ano 2, nº 7, p. 7.574-7.599, 2013.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e a liberdade do juiz. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (org.). *Panorama doutrinário Mundial*. P. 947-960. Salvador: Juspodivm, 2008.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.