



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO**

**THAIS MENDONÇA ALELUIA DA COSTA**

**A CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS:  
UM NOVO HORIZONTE PARA A ADEQUAÇÃO  
PROCESSUAL**

Salvador  
2012

**THAIS MENDONÇA ALELUIA DA COSTA**

**A CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS:  
UM NOVO HORIZONTE PARA A ADEQUAÇÃO  
PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em direito público.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Salvador  
2012

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**THAIS MENDONÇA ALELUIA DA COSTA**

## **A CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS: UM NOVO HORIZONTE PARA A ADEQUAÇÃO PROCESSUAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,  
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Fredie Didier Jr. - Orientador  
Livre-docente pela Universidade de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)  
Universidade Federal de Pernambuco

Salvador, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

DEDICO a *Alexandre, meu companheiro e incentivador.*

*Juntos, somos um.*

## AGRADECIMENTOS

O sentimento de gratidão desperta mais forte a cada cortina que se fecha. Ao final de mais um acorde no palco, é novamente tempo de agradecer. Não pelos aplausos, que não temos qualquer certeza de que ocorrerão. Percebemos, então, que há muito mais a agradecer. Há que se agradecer a todos que, cada um de seu jeito, influenciaram na conclusão daquela empreitada.

Há que se aprender a andar, para correr a maratona inteira. Cada etapa cumprida é um reflexo da etapa anterior. Por isso, AGRADEÇO, inicialmente, a Deus, que me guia em todas as minhas decisões e atitudes, dando a certeza de que nunca estou só.

A Alexandre, meu marido e companheiro, que, no ano que a vida me ensinou muito mais do que qualquer escola, esteve incansável ao meu lado. Me ajuda constantemente a aprender com mais facilidade, e a compreender a verdadeira dimensão de cada ensinamento, com segurança suficiente para acreditar que tudo daria certo.

Registro não somente a gratidão, respeito e orgulho, mas o prazer de ter tido o Professor Fredie Didier Jr. como meu orientador. Conviver com o seu brilhantismo enquanto jurista – o que me encanta desde os tempos da graduação – é uma honra. Agradeço a oportunidade, cada ensinamento valioso e minuto precioso do seu tempo dedicados a que este trabalho se tornasse possível.

Aos meus pais, Gilson e Graça, e à Aline. Com eles aprendi que não se deixa nada pela metade e que a perseverança permite conquistas maiores do que imaginamos. Aprendi que não há limite para continuar crescendo, nem cansaço suficiente que permita aceitar a comodidade.

Ao Professor Loïc Cadiet, pela recepção no centro de pesquisa jurídica André Tunc, da Universidade de Sorbonne, e pelas conversas elucidativas, que muito auxiliaram na confecção deste trabalho.

Aos Professores Rodolfo Pamplona Filho e Leonardo Carneiro da Cunha, que disponibilizaram o seu tempo para se fazerem presentes à avaliação deste trabalho, engrandecendo o seu conteúdo e auxiliando o meu crescimento.

Aos demais Docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito, nas pessoas dos Professores Saulo Casali e Maria Auxiliadora, pelo convívio estimulante neste palco.

A todos os colegas de mestrado, nas pessoas de Rebeca Rocha, Ilana Martins e Thiago Alban. Especialmente a Rebeca, agradeço a amizade, que transcendeu as paredes da universidade, para alcançar um sentimento muito mais duradouro.

Aos meus grandes amigos Luciano Figueiredo e Paloma Cedro, por serem estes incentivadores incansáveis.

São muitos o que merecem o meu agradecimento. Fica então registrada a minha gratidão a quem, mesmo não tendo citado o nome, participou da jornada que ora se conclui.

A todos, muito obrigada!

“No amount of darkness can extinguish that tiny light. A good idea is similar. Once abroad in the world it lives; it cannot be extinguished or put back in a bottle. And an idea whose time has come can spread in time to encompass the entire world.”

(Leonard Read)

## RESUMO

A contratualização do processo é tema que ganha relevo na doutrina processual. Concentrar com o juiz o poder de, juntamente com as partes, determinar as regras próprias de processo, significa delegar-lhes a possibilidade de adequar o procedimento às necessidades do direito material. Repensar o processo civil, no momento em que tramita, em fase de conclusão, o anteprojeto de um novo código de processo, é, por si só, uma tarefa relevante. Mais ainda o é quando, o clamor por efetividade processual, demanda a inserção do processo brasileiro na era do gerenciamento. A concepção lógica de que o processo não mais se encontra deitado em um emaranhado de normas rígidas, respaldado num sistema impiedoso de nulidades, conduz ao estudo de experiências alienígenas, cujo sucesso de implantação da filosofia da contratualização possa nortear o juiz, no exercício dos seus novos poderes. Assim é que, parte-se de uma avaliação inicial de possibilidade de flexibilização das regras processuais, com a conscientização imediata da necessidade de aplicação do princípio da adequação ao processo brasileiro. A partir dessa premissa, analisada a contratualização do processo civil francês, passaremos à fase de compatibilização dos institutos lá aplicados, em face do processo brasileiro.

**Palavras-chave:** gerenciamento, processo, contratualização, adequação e instrução

## RESUMÉ

La contractualisation de la procédure est la question qui devient importante dans les enseignements sur le droit processuel. Concentrer avec le juge le pouvoir de, en collaboration avec les parties, déterminer ses propres règles de procédure, signifie de leur déléguer la possibilité d'adapter la procédure au besoin du droit matériel. Repenser la procédure civile, tenant compte qui est en cours à l'époque, en voie d'achèvement, le projet d'un nouveau code de procédure, est en soi une tâche pertinente. Plus encore, c'est quand la clameur de l'efficacité de la procédure, demander l'insertion du processus brésilien à l'ère de la gestion. La logique de conception du processus n'est pas plus étendue dans un enchevêtrement de règles rigides, un système soutenu à la nullité impitoyable, qui conduit à l'étude des expériences étrangères, dont la mise en œuvre réussie de la philosophie de contractualisation, à guider le juge dans l'exercice de ses nouveaux pouvoirs. Donc, on part d'une évaluation initiale de la possibilité d'un assouplissement des règles de procédure, et la prise de conscience immédiate de la nécessité d'appliquer le principe d'adéquation au procès brésilien. Partant de cette prémisse, analysée la contractualisation du processus civil français, on passe à la phase de l'analyse de compatibilité des instituts appliqués là-bas, en face de la procédure brésilienne.

**Mots-clé:** gestion, procès, contractualisation, adéquation et mise en état.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	12
<b>2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO E CONTRATUALIZAÇÃO</b>	19
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES	19
<b>2.1.1 Sobre princípios e regras</b>	19
<b>2.1.2 Processo e constituição</b>	23
<b>2.1.3 Processo e direitos fundamentais</b>	25
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFASTABILIDADE DO PODER JURISDICIONAL – O DIREITO DE AÇÃO	25
2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	30
<b>2.3.1 Histórico</b>	30
<b>2.3.2 Conceito e conteúdo</b>	33
<b>2.3.3 Amplitude do devido processo legal</b>	36
<b>2.3.4 Devido processo legal formal e devido processo legal substancial</b>	38
2.4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO PROCESSUAL	40
<b>2.4.1 Adequação e instrumentalidade</b>	40
<b>2.4.2 Adequação e direito material</b>	41
<b>2.4.3 O conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada</b>	42
2.5 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	49
<b>2.5.1 Modelo adversarial x modelo inquisitorial</b>	49
<b>2.5.2 O novo horizonte: o processo cooperativo</b>	52
2.6 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	53
<b>3 O GERENCIAMENTO PROCESSUAL FRANCÊS</b>	58
3.1 A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO FRANCÊS	58
3.2 A CONTRATUALIZAÇÃO E O PROCESSO: O GERENCIAMENTO PROCESSUAL FRANCÊS	61
<b>3.2.1 Fundamentos e justificativas</b>	62
<b>3.2.2 Da legalidade da contratualização do direito e do processo</b>	66
<b>3.2.3 Evolução histórica</b>	68
3.2.3.1 As grandes reformas dos anos 60	70
3.2.3.2 As reformas nos anos 70	75
3.2.3.3 As reformas nos anos 90	76
3.2.3.4 As reformas após o ano 2000	79

<b>3.2.4 Técnicas de procedimento e a reforma</b>	82
<b>4 OS INSTITUTOS DE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO</b>	85
4.1 O PROCEDIMENTO DE <i>MISE EN ÉTAT</i>	85
<b>4.1.1 Generalidades</b>	85
<b>4.1.2 O magistrado de instrução (JME ou CME)</b>	89
4.1.2.1 Generalidades	89
4.1.2.2 Poderes do magistrado de <i>mise en état</i>	93
a. Generalidades	94
b. Poderes relativos à oitiva e conciliação das partes	95
c. Poderes que permitem o controle ativo do bom desenvolvimento da instância	95
d. O poder de encerramento da instrução	97
d.1. Revogação da ordem de encerramento	102
<b>4.1.3 A competência do magistrado de <i>mise en état</i></b>	103
<b>4.1.4 O papel das partes no procedimento de “<i>mise en état</i>”</b>	107
<b>4.1.5 A coisa julgada e o procedimento de <i>mise en état</i></b>	109
<b>4.1.6 As decisões da instrução e os recursos cabíveis</b>	111
4.2 DISPENSA DA FASE DE <i>MISE EN ÉTAT</i>	113
4.3 O CALENDÁRIO PROCESSUAL	115
4.4 O PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA A DIA FIXO	119
4.5 O REQUERIMENTO CONJUNTO – “REQUÊTE CONJOINTE”	123
<b>4.5.1 Requisitos da petição inicial</b>	124
<b>4.5.2 Procedimento perante o colegiado</b>	125
<b>4.5.3 Procedimento perante juiz único</b>	125
<b>5 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADEQUADO E A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS FRANCESAS COM O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b>	127
5.1 FLEXIBILIZAÇÃO E PROCEDIMENTO	127
<b>5.1.1 Processo e Procedimento</b>	127
<b>5.1.2 Procedimento e Formalismo</b>	129
<b>5.1.3. Instrumentalidade do processo e flexibilização</b>	132
<b>5.1.4. Sobre ser possível a flexibilização do processo brasileiro</b>	135
5.2 ADEQUAÇÃO E <i>DUE PROCESS OF LAW</i> : A IMPORTAÇÃO DE ALGUMAS MEDIDAS	138

<b>6 CONCLUSÕES</b>	150
<b>REFERÊNCIAS</b>	156

## 1 INTRODUÇÃO

A contratualização do processo surgiu, no ordenamento francês, como um movimento que seguiu à contratualização de todo o direito, ou seja, como mais uma área jurídica afetada pela ideologia de concessão aos jurisdicionados do gerenciamento do seu direito. Pode-se dizer, portanto, que a contratualização do processo francês seguiu a uma fase de contratualização do próprio direito, através de uma mudança paradigmática<sup>1</sup>.

Dada essa premissa, não se afasta a possibilidade de se questionar a pertinência do tema posto em estudo em face do direito brasileiro.

O momento jurídico nos socorre. A importância e justificativa do presente trabalho repousam, exatamente, no fato de estar o nosso direito processual experimentando esse momento de reforma e abertura de horizontes para novos pensamentos.

Tramita, atualmente, o projeto de um novo código de processo civil, que pretende ser capaz de modernizar e regulamentar, de acordo com as necessidades modernas das relações jurídicas e seus conflitos, o procedimento que lhe trará a solução. Estamos em mudança e, portanto, devemos considerar todos os caminhos que são postos à nossa disposição.

Não apenas a edição de um novo código de processo, mas, sobretudo, a compreensão de que o direito processual é regido por um princípio da adequação, que permite que o instrumento responda satisfatoriamente às demandas dos jurisdicionados, valoriza a importância deste estudo.

Este princípio da adequação significa a concentração de poderes de gerenciamento do processo com o juiz, e, assim, cláusula de liberdade de adaptação do procedimento – limitada, é certo –, capaz de conferir às partes ajustes processuais decorrentes da sua vontade, sob a gerência do juiz.

O momento histórico processual nacional é, pois, aquele pelo qual passou a França, que implicou mudanças legislativas capazes de atrair o juiz para o processo – recolocar o magistrado com o poder diretor da demanda processual –, com a colaboração das partes, que dele passaram a participar ativamente.

---

<sup>1</sup> O dado histórico é apresentado por CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David, **Le Système Juridique Français à l'ère de La contractualisation**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008, p. 4.

Nesse contexto, o estudo do gerenciamento e contratualização processuais alienígenas ganha relevo, como relato de experiências de sucesso. Especificamente, a escolha do direito francês deveu-se à compatibilidade principiológica com o direito nacional.

Ocorre que, aqui, como lá, a busca pela adequação do processo pelo juiz, como um valor, visa atender ao mesmo clamor processual francês: a efetividade do processo.

Pensar o processo adaptado significa amadurecer, nos juristas, ideias e soluções que permitam ajustar o processo para que atenda ao seu fim. A inserção pura e simples deste valor de forma positivada não é suficiente, se não vier acompanhada de pesquisa sobre a materialização deste princípio: estabelecimento de vias de procedimento que, efetivamente, sejam capazes de auxiliar no atingimento deste fim/valor, qual seja, a concessão de uma tutela jurisdicional adequada.

Não é bastante extrair do ordenamento a previsão de um poder (aquele de adequar). Importa pesquisar experiências de aplicação do poder de adequação, para que a lei não se torne letra morta, instrumento de tiranias judiciárias ou respaldo legal para violação concreta do princípio do devido processo legal.

Exatamente por isso, no nosso sistema, a aceitação da contratualização do processo não é tema capaz de atrair opiniões convergentes. Tal se deve, primeiramente, ao fato de que o processo é concebido como ramo do direito público, o que se opõe ao instituto dos contratos, cuja existência se revela como instrumento privatístico, voltado para o direito civil, por sua vez essencialmente privado<sup>2</sup>. No plano processual, público, o entendimento dominante era de que as partes não tinham ampla liberdade e, por isso, aquilo que não estivesse expressamente admitido, estaria proibido.

Todavia, há de se ter em mente que o princípio do devido processo legal implica compreender um processo adequado e, conseqüentemente, adaptado. Assim é que, talvez, após exploradas as experiências alienígenas, e considerada a existência de uma necessidade de flexibilização do processo em prol do princípio da adequação, será possível aplicar algumas soluções também ao sistema nacional. É dizer: a observação das experiências ora relatadas permitirá ao magistrado fazer uso do princípio da adequação, que lhe confere poderes para entregar ao jurisdicionado a tutela jurisdicional adequada, sem que, para tanto, viole os demais direitos fundamentais processuais das partes.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, válida a transcrição da passagem de José Carlos Barbosa Moreira: “Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privatístico; no processo, ramo do direito público, deveria considerar-se proibido tudo quanto não fosse permitido”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva: 1984, p. 91.

Não se pode afastar do fato de que as práticas de flexibilização do processo têm a finalidade de minimizar a morosidade do processo – ou conferir-lhe maior efetividade – além de atrair maior qualidade para a prestação jurisdicional. Exatamente por isso, não se perca de vista que as práticas não são exclusivas do processo francês, haja vista que a busca e demanda por um processo efetivo não é uma necessidade pontual, mas de toda a comunidade processual internacional.

Já há algumas décadas, essa flexibilização era encontrada nos países submetidos ao sistema de *common law*, no qual foi concebido como *judicial case management*<sup>3</sup>. Foi a doutrina alemã quem trouxe, assim, a expressão *Prozessverträge*, que pode ser traduzido em “contratos processuais”<sup>4</sup>. O instituto aproximou as partes da produção processual. Na França, o contexto de gerenciamento ocorre desde os idos de 1930.

A contratualização do procedimento francês ocorreu no sentido de direcionar ao gerenciamento do processo. Este gerenciamento implica conceder ao magistrado poderes para a condução do processo, com vistas ao fornecimento de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, exatamente o que demanda o princípio da adequação processual no Brasil. Desta forma, no direito processual francês, a fim de gerenciar os processos da sua competência, o juiz dispõe de meios alternativos para solucionar os conflitos que são postos ao seu julgamento, com a otimização de instrumentos disponibilizados por lei, sendo possível a adaptação do procedimento diante de cada caso concreto.

A concepção francesa do procedimento contratualizado gera uma mudança paradigmática do próprio exercício da jurisdição, com a finalidade de permitir que, em cada caso, o juiz consiga utilizar o tempo necessário à entrega da prestação jurisdicional de qualidade, ampliando o acesso à justiça dos jurisdicionados.

Advém como resultado de uma evolução do processo, com a finalidade de acelerar o seu andamento a partir da aproximação do juiz às partes, assim como às especificidades do caso concreto. É bem certo que as partes permanecem com o impulso processual – e com os ônus de práticas de atos processuais, regularmente – mas o juiz passou a integrar este momento de definição não apenas do tempo do processo, mas do próprio curso do processo, administrando, desde o início, os requerimentos.

Não se afasta do fato de que, verdadeiramente, a atitude de gerenciar os processos aproxima o juiz das partes. Há sim, como já mencionado, uma atuação conjunta, cooperada.

---

<sup>3</sup> O dado é trazido em SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

<sup>4</sup> A referência histórica e a tradução são encontradas na obra de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In *Temas de Direito Processual*. Ob. Cit., p. 88.

Mas, para a consecução desta atividade, os poderes do juiz foram ampliados, a fim de que pudesse atender melhor à finalidade de adequação do processo. Para tanto, é preciso conceber e aceitar que o magistrado, no caso concreto, deve concentrar em si o poder de flexibilizar as normas de processo, atendendo à principiologia que norteia todo o direito processual.

Não são mais concebidas previsões rígidas sobre o procedimento, nem mesmo um processo formalista; trata-se de um processo adaptado pelo magistrado, diante do caso concreto, e com a finalidade de melhor atender às necessidades daquela demanda. Repete-se: tudo com o objetivo de atingir a efetividade e a qualidade do processo.

Adaptar o processo em busca de maior celeridade – efetividade de entrega da prestação jurisdicional – foi a intenção do legislador desde o início. A divisão da competência em razão da matéria – com processos especializados para o direito penal, direito do trabalho e direito eleitoral – já demonstra a vontade legislativa brasileira de separar as causas e os procedimentos levando em consideração suas situações particulares, naquilo que concerne ao direito material posto em litígio.

Entretanto, o que se observa é que, mesmo este olhar do legislador em adequar os procedimentos genericamente, não se mostrou capaz de conter a evolução dos problemas e dos litígios, que culminaram com a morosidade judiciária e o atolamento da justiça.

Daí surge a necessidade de adaptação do procedimento, diante do caso concreto e consideradas as suas peculiaridades.

Alias, são as peculiaridades do caso concreto – as partes envolvidas ou o direito material posto em litígio ou o local onde ocorreu o fato suscitado – que determinam o estabelecimento da competência, tudo em respeito a que o “melhor juiz” possa dar andamento ao feito. É dizer: tudo com vistas a que o estado entregue ao jurisdicionado a melhor, mais efetiva e mais adequada prestação jurisdicional.

O objetivo do presente estudo, portanto, é analisar a situação francesa exatamente para demonstrar que as mudanças ocorreram com o objetivo de salvar o processo do formalismo excessivo e permitir que a tutela jurisdicional seja efetivamente entregue às partes. O juiz já não mais guardava as habilidades necessárias à efetividade e celeridade na solução das demandas que lhe eram apresentadas a julgar; o juiz não conseguia solucionar o contingente de litígios.

Por isso, o pensamento lá – como deve ser feito aqui – passou por reformas processuais que implicassem técnicas capazes de fornecer ao magistrado o poder suficiente à efetivação do processo.

Não se nega a necessidade da ampla discussão entre as partes, no momento que antecede o julgamento – ou seja: não se nega a necessidade de manutenção de um processo que seja previsto em respeito ao contraditório, mesmo porque o anteprojeto do novo código de processo civil não esqueceu esta obrigatoriedade. O julgamento final deve ser precedido de um procedimento dialético-investigativo que autorize às partes o exercício regular do contraditório. Isso significa que as partes devem ter a oportunidade de debater as suas argumentações. Isso não significa concluir que as regras de processo devem ser definidas integralmente na lei.

Há, na sociedade democrática, uma presunção de que o processo devidamente regulamentado na lei, quanto a cada um dos seus detalhes, é aquele que melhor confere a prestação jurisdicional, porque atende melhor aos direitos fundamentais processuais.

Entretanto, o processo não pode se resumir a um conjunto de regras que, aplicadas, geram um debate formal entre as partes, sem que, para tanto, se esteja atento ao atendimento do seu escopo principal: a solução do litígio. A prisão do processo em contornos especialmente legalistas atrasa a sua solução e desiguala o acesso à justiça.

Isto porque a regulamentação exacerbada contribui para a utilização de meios processuais pelas partes de acordo com a sua conveniência. Os meios processuais se perdem do fim do processo e passam a atender à vontade das partes. Atento a isso, o direito francês apresenta a noção do juiz de instrução, que tem, em seu poder, a gestão de toda a fase de instrução, inclusive para a fixação dos prazos que regerão os atos processuais das partes<sup>5</sup>.

O juiz de instrução francês responde à necessidade de um juiz ativo, capaz de combater à crise da justiça, ao concentrar em sua figura um magistrado com poderes suficientes para gerenciar o procedimento, inclusive naquilo que diz respeito à produção de provas.

A concepção brasileira atual nos permite concluir que o processo civil brasileiro clama por um juiz mais ativo, capaz de dar força e corpo à celeridade e efetividade processuais. Não se nega, decerto, que a formação processual pátria é legalista-formalista. Isto, entretanto, não impede dar foco a experiências externas que, de forma diversa, alcançaram melhor a efetividade processual.

A isso se propõe este estudo: demonstrar que o juiz ativo implementado com o princípio da adequação processual possui muito mais opções do que apenas aquelas prescritas no código. Mais que isso, que estas opções apresentaram êxito em outros ordenamentos.

---

<sup>5</sup> Sobre este tema, especificamente, discorreremos no item oportuno, ao tratarmos do calendário processual.

A questão geral que influenciou esta dissertação, portanto, refere-se a quais institutos consolidaram a contratualização do direito processual civil francês. Para tanto, foi realizada pesquisa teórica, observando o tema estudado e suas consequências naquel'outro ordenamento, para analisar a possibilidade de importação para o direito nacional.

Assim, pode-se dizer que há tanto trabalho de compilação, quanto de investigação<sup>6</sup>. Diz-se compilação porque parte do estudo esteve voltado para a avaliação de princípios processuais do direito brasileiro, ao qual seguiu a demonstração histórica doutrinária dos institutos da contratualização do processo francês. A investigação foi realizada ao final, quando restou avaliada a possibilidade de adaptação do processo brasileiro, inclusive no que concerne à compatibilidade dos institutos investigados para a sua utilização concreta no direito brasileiro.

Não foram esquecidas as críticas às conclusões deste trabalho, as quais foram igualmente apresentadas, aliadas aos contra-argumentos.

A metodologia técnica foi do tipo bibliográfica, com a coletânea de publicações doutrinárias e científicas acerca do tema da contratualização do processo, tanto no que se refere à aplicação exclusiva no direito francês, quanto no que concerne à flexibilização do processo brasileiro.

Por isso, a dissertação encontra-se estruturada em quatro capítulos. O capítulo inicial volta-se para o estudo dos princípios processuais aplicáveis ao tema tratado. Os princípios relacionados ao tema foram destacados, com o objetivo de que cada um deles fosse estudado de maneira apropriada.

O segundo capítulo refere-se ao estudo histórico e conceitual do gerenciamento processual. Neste ponto, descreve-se realidade que permeava o direito francês, os reflexos desta no processo, o que culminou com a necessidade de aproximação do magistrado do controle do processo e a evolução da figura do juiz gestor no processo civil francês. Este período da dissertação demonstra não apenas dados históricos, mas, igualmente, a evolução legislativa que permitiu atingir, na França, o atual estágio de evolução da contratualização do direito processual civil.

O terceiro capítulo contempla a apresentação dos institutos decorrentes das reformas do direito processual francês, de forma pontuada. São descritos e detalhados os atos processuais de adequação processual já positivados, com a análise minuciosa da sua forma de

---

<sup>6</sup> ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997, p. 28-30.

aplicação e dos seus efeitos na teoria geral do processo. Cada proposta que fora lá apresentada será aqui descrita, com o fulcro de aferir, dentre elas, quais são dignas de ampliação do conceito de adaptação para a inserção no ordenamento processual brasileiro.

Por fim, o capítulo destinado à possibilidade de flexibilização do direito processual brasileiro e adoção da ideia de ampliação dos poderes de gestão processual do magistrado brasileiro. Falar da adequação do processo implica reconhecer a possibilidade do juiz gestor, e, assim, analisar os poderes deste magistrado em adotar medidas já bem sucedidas em realidades processuais similares.

A importância do estudo repousa, então, na necessidade de aplicação de um princípio vigente enquanto valor do ordenamento, na medida em que a dissertação propõe medidas de utilização deste princípio, e apresenta institutos que poderão nortear a criatividade do magistrado brasileiro.

## 2 PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO E CONTRATUALIZAÇÃO

### 2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

#### 2.1.1 Sobre princípios e regras.

A primeira distinção a ser analisada é aquela concernente às normas-principiológicas em face das normas-regra. Pois bem. Os princípios são normas que contemplam uma finalidade a ser atendida, com conteúdo aberto e, por isso, são prospectivas e têm “pretensão de complementaridade e parcialidade”<sup>7</sup>. O atendimento a um princípio é verificado a partir da correlação entre o estado de dever ser e aquilo que se verificou no plano da realidade<sup>8</sup>.

Os princípios são, portanto, normas que se relacionam com valores, dado que o estado ideal de coisas que pretendem promover leva em consideração os fins a serem atingidos. Mas não se pode confundir princípio com valor, tendo em vista que versam sobre condutas que promovam um determinado fim. Este fim é o valor; ao passo que o princípio situa-se no plano deontológico para a promoção deste mesmo valor<sup>9</sup>.

Diferentes deles são as regras. Ambos são normas, mas estas, por sua vez, contemplam uma previsão concreta, descritiva. A regra refere-se a uma previsão decisiva que, por isso mesmo, é retrospectiva, e pretende a correlação precisa entre o seu conteúdo e o fato da realidade<sup>10</sup>. A regra tem o seu preceito voltado para a finalidade a que se propõe ou aos “princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes”<sup>11</sup>.

O conteúdo do princípio é composto por uma razoabilidade que pode ser superada, desde que sejam consideradas mais adequadas as razões opostas. Destarte, a aplicação do princípio depende da situação fática concreta e a “maior e melhor medida” da

<sup>7</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78/79.

<sup>8</sup> “El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Político y constitucionales, 2002, p. 86 e 87.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ob. Cit., p. 80.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ob. Cit., p. 47.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ob. Cit. 78.

sua aplicabilidade sobre esta. Há de ser considerado, portanto, o peso do princípio sobre aqueles fatos específicos<sup>12</sup>.

Ávila aponta três pontos de distinção entre os princípios e as regras<sup>13</sup>. O primeiro reside na natureza da descrição normativa. Explica o autor que os princípios descrevem um estado ideal de coisas, ao passo que as regras contêm previsões determináveis. Ou seja: os princípios dispõem sobre o dever ser, enquanto regras dispõem sobre condutas especificamente consideradas.

Outro critério de distinção repousa na natureza da justificação que exigem para a aplicação, tendo em vista que os princípios exigem apenas uma correlação positiva entre o estado ideal por eles previsto e os efeitos da conduta adotada pelo agente. Assim, não se observa exatamente a conduta, mas os seus efeitos e, assim, se estes são compatíveis com a previsão principiológica. Diferente disso, a correlação nas regras ocorre por correspondência entre a o conteúdo normativo descritivo e a conduta adotada. Neste caso, considera-se a conduta concreta do agente e a sua correspondência com a previsão normativa.

Por fim, se distanciam as regras dos princípios pela natureza da contribuição para a solução do problema. As regras, por serem retrospectivas, pretendem a decidibilidade do problema, por anteciparem-no ou por já ser algo conhecido. A conduta concreta prevista na regra tem a intenção de decidir, desde já, a melhor maneira de atingir o efeito pretendido. Os princípios têm pretensão de complementaridade, na medida em que são razões a serem conjugadas com outras para a solução do problema.

É bem certo, de acordo com os ensinamentos de Alexy<sup>14</sup>, que os princípios são mandados abertos, de previsão abstrata, que não contêm uma prescrição concreta de algo a ser feito ou não ser feito. Do princípio subtrai-se o valor, aquilo que deve ser. Com isso, entretanto, não se pode imaginar que o princípio seja um mero complemento à previsão da regra, ou uma alternativa possível quando as regras não se mostrem suficientes. A pretensão é de complementaridade, é certo, mas não se exaure aí. Não. Isso porque, tanto quanto as regras, são normas que permitem “juízos concretos de dever ser”<sup>15</sup>.

Nesse sentido, os princípios se impõem sobre os fatos concretos e fundamentam a aplicação das normas que, concretamente, dispõem sobre aquela ação. Ou seja: também atuam dando valoração normativa aos fatos e delimitando o âmbito de aplicação das regras, a fim de

---

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 48.

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ob. Cit., p. 83.

<sup>14</sup> *In Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit., p. 86 e 87.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 48.

que estas não agridam as suas previsões. As regras se acomodam, na aplicação concreta, à previsão valorativa dos princípios, à qual estão condicionadas<sup>16</sup>. Isso permite ao intérprete estabelecer uma interpretação crítica da norma em face do caso concreto.

Esse entendimento contraria a positivismo clássico, que não admite que o juiz, na aplicação da norma, mantenha certo grau de subjetivismo, definindo o seu significado. Havia, neste momento ideológico, o temor de que se instalasse a imprevisibilidade das relações jurídicas e, conseqüentemente, insegurança. Assim, esta atividade de dimensionar regras a partir de princípios deveria pertencer ao órgão político, uma vez que não autorizada ao âmbito judicial. A este último, limitava-se a aplicação do conteúdo gramatical da norma produzida pelo legislativo<sup>17</sup>.

Nessa esteira, o estado contemporâneo concebe a força normativa da constituição e dos princípios constitucionais, que são responsáveis não apenas pelo dever ser dos atos da vida humana, mas, mais que isso, pelo dever ser da forma de aplicação das regras, ainda que também constitucionalmente previstas.

A finalidade nesta aplicação é encontrar, dentro da regra posta, o valor subjacente que deu ensejo à sua criação, para que se mostre efetiva e adequada ao caso concreto<sup>18</sup>. Essa atividade somente é possível a partir de certo grau de subjetivismo do intérprete.

Diante disso, é fácil notar que não apenas o processo, mas todo o direito encontra-se regido pelos princípios, não podendo deles se afastar, e sendo por eles regidas as demais regras.

Ávila<sup>19</sup> aponta para a necessária convivência entre os princípios e as regras. Segundo o autor, não há como imaginar-se um sistema composto apenas de um ou outro tipo normativo. Observa ele que, acaso aventasse a possibilidade de um sistema composto apenas por princípios, ele seria demasiadamente flexível, o que poderia gerar problemas de coordenação e controle do poder, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica. Por outro lado, um sistema que apresentasse apenas regras seria excessivamente rígido e faltar-lhe-ia a possibilidade de amoldar-se conforme o caso concreto – algo cuja necessidade é incontestável, para que o ordenamento se mostre capaz de atender a todas as situações concretas.

---

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 49.

<sup>17</sup> Ob. Cit., p. 49/50.

<sup>18</sup> Ob. Cit., p. 51.

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ob. Cit., p. 120/121.

Disso conclui o autor, portanto, que devem prevalecer os dois tipos de norma, sendo que as regras seguirão um modelo “moderado e procedimentalizado”, cuja superação apenas ocorrerá de forma extraordinária, ao passo que os princípios devem seguir um “modelo criterioso de aplicação”, superando as regras apenas a partir de uma ponderação fundamentada<sup>20</sup>.

Repise-se: as normas principiológicas, guardam em si não apenas a aplicabilidade imediata. Mais ainda, contam com a maior aplicabilidade possível exatamente porque a sua previsão não contém uma pretensão de decidibilidade. Sendo assim, os princípios processuais devem ser atendidos na sua maior e melhor medida.

Como ramo do direito, o direito processual não pode ser concebido distante desta compreensão sobre os princípios e as regras. É um ramo autônomo do direito<sup>21</sup> e, como tal, possui os seus princípios e regras. São os princípios, apostos não só no texto constitucional como, ainda, em normas infraconstitucionais, que contemplam o “dever ser” do processo, concretizado a partir das suas regras<sup>22</sup>. De igual sorte, todo o texto constitucional o influencia. Não apenas os princípios, mas igualmente as regras constitucionais – relação que analisaremos no item a seguir.

No processo francês, Gerard Cornu atenta para o fato de que os princípios diretores do processo devem ser encarados como verdadeiras normas de direito, no sentido de que não podem ser tratadas como “simples declarações de intenção”, mas como verdadeiras disposições positivas a serem observadas. Cita o autor que estas normas se caracterizam como “princípios diretores” por que reúnem os critérios de generalidade, de legitimidade intrínseca à sua aplicação – no sentido de que se acredita que a sua aplicação conduz à boa justiça e sua virtude diretiva, como máxima que lhes confere a vocação de orientar o intérprete pelas vias interpretativas que eles indicam, haja vista que se mostram como o espírito da lei<sup>23</sup>.

Especificamente acerca dos princípios diretores do processo, Loïc Cadiet<sup>24</sup> opina que foram eles concebidos a fim de que atingissem um grau superior de generalidade, informando os processos de qualquer natureza, e não apenas o processo civil. Prossegue o

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ob. Cit., p. 121.

<sup>21</sup> Especificamente sobre a dissociação entre o direito material e o direito processual, serão apresentados o escorço histórico e os fundamentos da teoria da autonomia no capítulo 5.

<sup>22</sup> Um exemplo de norma infraconstitucional que prevê um preceito fundamental processual é justamente o artigo 620 do CPC – princípio da menor onerosidade.

<sup>23</sup> CORNU, Gérard. **Les principes directeurs Du proces civil par eux-mêmes**. In Études offertes à Pierre Bellet. Paris : Litec, 1991, p. 85.

<sup>24</sup> CADIET, Loïc. **Et lès principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès**. In *Justice et droits fondamentaux*. Études offertes à J. Normand. Paris: Litec, 2003, p. 73.

autor nesse pensamento afirmando que os princípios não apenas falam por si só, mas se impõem por si só, porque são a expressão da concepção do processo naquela sociedade.

Esta distinção entre princípios e regras impõe, então, que as normas sejam analisadas de acordo com o seu conteúdo – dado o conceito de cada um descrito acima. Definido o seu conteúdo, observa-se tratar-se de princípio ou regra e, assim, a forma de aplicação diante do caso concreto, pelo intérprete.

### 2.1.2. Processo e constituição

Do quanto já afirmado no item precedente, é possível notar que não se pode mais negar o fenômeno da “constitucionalização do direito processual”, que pode ser visto sob dois enfoques<sup>25</sup>: a um, há a inserção inequívoca de normas processuais no texto constitucional, inclusive na condição de direitos fundamentais, bem como em textos internacionais – a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica; a dois, há ainda que se considerar a dimensão constitucional das normas infraconstitucionais, na medida em que concretizam aquelas previsões normativas.

Ou seja: tanto as normas constitucionais diretamente versam sobre processo – princípios e regras constantes do texto da constituição – regendo o direito processual, quanto as normas infraconstitucionais de processo têm relevo constitucional na medida em que, hierarquicamente inferiores, nada mais fazem do que atender aos preceitos constitucionais.

Nesse passo, forçoso concluir que as normas constitucionais influenciam também o processo, com disposições a ele relacionadas.

Não raro os autores relacionam, diante disso, processo e Constituição.

A doutrina contemporânea<sup>26</sup> vem propugnando pela existência de um Direito Constitucional Processual, consistente nas normas de direito processual previstas na Constituição Federal. Decerto que as normas de direito processual infraconstitucional estão inexoravelmente ligadas àquelas, que lhes são hierarquicamente superiores, e, portanto, às quais deverão, sempre, obediência.

De acordo com Nery, difere-se do Direito Processual Constitucional, este sendo a “*reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional*”<sup>27</sup>. Não se concorda exatamente com esse conceito. Não se limita, unicamente, aos princípios

<sup>25</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 14ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 30.

<sup>26</sup> Neste sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>27</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Ob. Cit. P. 26.

processuais na constituição, mas sim à reunião de todas as regras e princípios (normas) de processo que residem no texto constitucional.

A compreensão do processo a partir das normas constitucionais compõe um estágio de desenvolvimento do processo. O pensamento jurídico desta fase ganha o nome de *neoconstitucionalismo*<sup>28</sup>.

O Direito Constitucional Processual é composto por enunciados normativos de que decorrem, por exemplo, direitos fundamentais. O Direito Constitucional Processual, então, é fonte de normas de direito fundamental, concernentes ao processo, residentes no texto constitucional.

A relação entre a Constituição e o Processo pode ser analisada de duas formas: a ocorrência da incorporação de normas processuais fundamentais nos textos constitucionais; a ideia de que as normas processuais infraconstitucionais devem realizar a previsão constante do texto constitucional<sup>29</sup>.

Assim, o processo se relaciona com a Constituição tanto em razão das normas constitucionais processuais, quanto pelo fato de que as normas de processo nada mais são do que o atendimento às previsões do texto máximo. É uma relação de mão dupla, na medida em que o processo responde às previsões normativas do texto constitucional que, por sua vez, tratam do processo.

D'outra quadra, não se pode perder de vista que os princípios processuais não se encontram somente no texto constitucional, vez que nem todos os princípios encontram-se previstos na Constituição, assim como nem todos os direitos fundamentais de processo estariam unicamente no texto constitucional, tal qual afirmado por Alexy<sup>30</sup>. Sendo assim, do mesmo modo que nem todas as previsões normativas do texto máximo são consideradas como direitos fundamentais, tem-se que nem todos os direitos fundamentais estão previstos no texto máximo.

---

<sup>28</sup> O termo é criticado por Fredie Didier em virtude da sua vagueza, o que, não obstante, não é objeto de análise neste estudo, sendo aquele já difundido e que será utilizado neste trabalho. DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 26.

<sup>29</sup> DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 29/30.

<sup>30</sup> Eis a passagem da obra: "Puede pensarse en la siguiente respuesta simple: normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquellos que expresan normas de derecho fundamental y aquellos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental." In ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Ob. Cit., p. 62/63.

### 2.1.3 Processo e direitos fundamentais

A relação entre os direitos fundamentais e o processo está na sua influência sobre as demais normas do ordenamento.

É preciso referenciar que a doutrina fala não apenas de princípios ou regras processuais, mas de verdadeiros direitos fundamentais do processo previstos na constituição. Sejam princípios ou regras, qualquer nomenclatura que se pretenda, não se pode afastar do fato de que constituem previsões de direitos fundamentais de processo e, assim, guardam as características inerentes a estes direitos<sup>31</sup>.

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão. A um, são direitos subjetivos, prevendo situações de vantagens aos seus titulares – dimensão subjetiva; a dois, contêm os valores do ordenamento e, assim, influenciam na aplicação e interpretação das demais normas do ordenamento jurídico – dimensão objetiva<sup>32</sup>. Ou seja: “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”<sup>33</sup>.

Destarte, sejam normas-principiológicas ou normas-regra, as normas que contenham a previsão de direitos fundamentais terão a característica inerente a estes direitos: aplicação imediata, dando a estes direitos a maior aplicabilidade possível<sup>34</sup>.

Dado o conteúdo da norma fundamental, o magistrado poderá afastar qualquer outra norma que se mostre como obstáculo irrazoável à promoção do direito fundamental. Na realização deste direito fundamental, o juiz deve estar atento aos outros direitos fundamentais que, eventualmente, restrinjam o seu conteúdo<sup>35</sup>.

## 2.2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFASTABILIDADE DO PODER JURISDICIONAL – O DIREITO DE AÇÃO.

---

<sup>31</sup> “Como quer que seja, por qualquer forma de terminologia utilizada, o que importa é reconhecer que os valores ou garantias processuais, positivados explícita ou implicitamente na Constituição, submetem-se ao regime específico dos direitos fundamentais, vale dizer, são dotados de força positiva e de aplicabilidade imediata.” GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 100

<sup>32</sup> DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit., p. 37.

<sup>33</sup> DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit., p. 37.

<sup>34</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. Ob. Cit., p. 100.

<sup>35</sup> DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 38.

Do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – ou, como querem alguns, princípio da proteção judiciária<sup>36</sup> – decorre um dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior: aquele de buscar, junto ao Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito. Com efeito, dispõe o artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Consagra, pois, o monopólio estatal do controle jurisdicional, o que se dá através do Poder Judiciário. Quase sempre, visto que o Senado julga o Presidente no *impeachment* e há a arbitragem.

Ao chamar para si a função estatal, e excluir a autotutela, o Estado estaria impossibilitado de limitar o direito ao acesso ao Judiciário, que configurou, exatamente, a contrapartida da retirada do direito de fazer justiça com as próprias mãos.

Inicialmente, concebia-se o direito de ação como algo a ser exercido exclusivamente contra a parte contrária. Apenas no final do Século de XIX, o processo é afirmado como autônomo em face do direito material e, por via de consequência, o cidadão passa a ter um direito de ação em face do Estado – historicamente, essa passagem ocorre com o advento do estado social<sup>37</sup>.

Nesse período inicial, a ação se limitava ao exercício de um direito de liberdade em face do Estado. Em seguida, percebe-se que a ação prestava-se não apenas para a omissão do Estado, mas também para que o Estado tomasse posturas ativas. Amplia-se a concepção de direitos fundamentais e, como direitos a prestações estatais a serem buscados por via de ação, é possível encontrar o direito a prestações sociais, prestações de proteção e prestações destinadas a viabilizar a participação no poder e na organização social<sup>38</sup>.

Sendo assim, este direito fundamental abarca todas as funções dos direitos fundamentais, uma vez que todos eles dependem do direito de ação para atingir a sua efetividade. Ou seja: é um direito fundamental voltado à satisfação de outros direitos fundamentais, mas não apenas deles, de todos os direitos do cidadão, ainda que estritamente relacionados com suas relações contratuais.

Nestes termos, o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional demanda uma postura ativa do Estado, concedendo ao jurisdicionado não apenas a ação, pura e abstrata, mas

---

<sup>36</sup> Utilizando esta denominação: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 433.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 196.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 197/198.

também a entrega da prestação em prazo razoável e com plena efetividade (arts. 5º, XXXV e LXXVIII da CF/88)<sup>39</sup>.

O princípio em tela, embora tenha por principal destinatário o próprio legislador – que não poderá exercer a sua atividade de forma limitativa ao direito do cidadão de ingressar em juízo – possui caráter geral, atingindo a todos indistintamente, porque visa à regulação da relação entre o Estado e o jurisdicionado. Isso, decerto, significa apenas o direito à entrega de uma prestação jurisdicional de qualidade e efetiva; não significa que aquele que procura o Judiciário terá, necessariamente, a satisfação do seu direito<sup>40</sup>.

O Estado oferta a tutela em abstrato, o que não implica a proteção do acionante, mas a aplicação do Direito pelo juiz. O direito é à ação, ao processo; não se trata de um direito à procedência do pedido.

Sobre esse caráter geral, lúcida a lembrança de Nelson Nery Jr.<sup>41</sup>, ao citar a edição do Ato Institucional nº 5, dos idos de 1969, que limitava tal acesso, quando determinava que, em relação aos atos praticados com base naquele diploma legal, não poderia haver demandas judiciais. Havia, desta forma, uma expressa violação ao conteúdo constitucional então vigente – art. 150, § 4º da CF de 1967, repetido na CF de 1969 –, o que restaria olvidado, sem maiores discussões, devido ao sistema político vigente à época, em que havia verdadeira exceção ao Estado de Direito.

De volta à normalidade, a Constituição de 1988 novamente regulou a matéria, ainda de forma mais ampla, quando trouxe à baila não apenas a lesão a direito, mas, mais ainda, a ameaça de lesão. Destarte, considerando-se a capacidade legislativa também do Poder Executivo, é importante lembrar sempre que não apenas o legislador deve estar atento a esta garantia constitucionalmente instituída.

Este princípio é também denominado de princípio do direito de ação. Isto porque, como já asseverado, permite a todos que ingressem em juízo uma vez que tenham os seus direitos lesionados ou ameaçados. É um direito fundamental, e, como visto em linhas anteriores, de aplicabilidade imediata.

A aplicação imediata deste direito dá a todos os cidadãos o direito de buscar, junto ao Poder Judiciário, a tutela preventiva ou reparatória do seu direito.

Mas não é só. Muito pouco seria a inclusão constitucional de um direito fundamental de abrangência tão exacerbada. Em quê exatamente consistiria esta tutela do

---

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 208/209.

<sup>40</sup> Ob. Cit., p. 211.

<sup>41</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Ob. Cit. p. 131.

Estado? De nada serviria a previsão se a ela não fosse dada a consequência lógica necessária. Importa ter em mente que não basta a pronta resposta estatal. É preciso que haja o exercício do poder judicante de forma adequada. É dizer: o direito aqui relatado é aquele de invocar a atuação do Estado a fim de que, por consequência lógica – e para que possua alguma efetividade –, lhe conceda a tutela jurisdicional adequada.

Daí que este direito abrange o dever do Estado em fixar regras sobre técnicas processuais idôneas à efetivação deste direito. Isso significa que os procedimentos e a prática de atos processuais devem estar voltados ao atendimento das peculiaridades do caso concreto<sup>42</sup>.

Assim, uma compreensão correta do que seja o direito fundamental à inafastabilidade não pode parar na mera previsão de um direito de invocar a tutela jurisdicional – de “bater às portas do judiciário”<sup>43</sup> –, deve ir além, gerando, por conseguinte, o direito a que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada. Nada poderão obstar esse direito nem a lei ordinária – ou qualquer outro ato legislativo infraconstitucional –, nem a atuação judicial no caso concreto.

É dever do legislador organizar a prestação jurisdicional para que seja efetiva, fornecendo ao cidadão “ferramentas” para que construa e se valha de uma ação idônea à satisfação do seu direito material em concreto<sup>44</sup>.

É o que se depreende, com facilidade, das palavras do mestre Nery Jr.<sup>45</sup> na seguinte passagem:

Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.

Considerando a tamanha importância desta adequação da tutela jurisdicional para atendimento ao direito fundamental constitucionalmente previsto, sobre ele discorreremos em item apartado, razão pela qual não caberão maiores ilações neste momento. Desta forma, é preciso saber, por ora, apenas que do direito de ação decorre o direito à tutela jurisdicional adequada. São, por conseguinte, direitos correlatos e indissociáveis.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 211.

<sup>43</sup> Nesse particular, com a propriedade que lhe é peculiar, o prof. Fredie Didier Jr., sintetizou: “Esse posicionamento é reforçado pela moderna compreensão do chamado ‘princípio da inafastabilidade’, que, conforme célebre lição de Kazuo Watanabe, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente ‘bater às portas do judiciário’, mas sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz”. In **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 19.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 214.

<sup>45</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Ob. cit. p. 133.

Assim, em que pese tenha o legislador como destinatário, há de se ter em mente, também, que o juiz deve obediência a este princípio, entregando ao jurisdicionado um serviço de justiça adequado ao seu pleito<sup>46</sup>.

Diante disso, algumas observações se fazem importantes. O direito fundamental à inafastabilidade da prestação jurisdicional não se confunde com o direito de petição. Assemelham-se, mas não guardam identidade. A primeira diferença reside no fato de que aquele, como já assinalado anteriormente, é uma garantia individual, externada sob a forma de princípio constitucional, ao passo que o segundo constitui um direito político do cidadão de insurgir-se, de forma mais simplificada, contra ilegalidade ou abuso de poder, junto aos poderes públicos, genericamente considerados.

No direito de ação há o exercício de um direito público pessoal, razão pela qual há a necessidade da busca pela tutela jurisdicional do Estado. Naquel'outro, por ser político, tem caráter impessoal, se efetivando com a simples informação acerca da ilegalidade ou abuso de poder, os quais atingiriam a todos indistintamente.

Pois bem. O exercício do direito de ação se formaliza através da demanda perante o Poder Judiciário. Como visto, frente a essa demanda, não poderá o órgão se eximir de prestar o seu dever, em virtude de quê decorre o direito à tutela jurisdicional, como dito, adequada.

Por assim ser, o exercício desta prerrogativa pode dar-se até mesmo contra o Estado, que, de toda forma, deverá exercer a sua função judicante. Não obstante, é preciso notar que o direito que aqui é assegurado à parte é tão-somente o direito à tutela jurisdicional, ou seja, o direito a que, uma vez invocada a prestação jurisdicional do Estado, seja exarada uma sentença.

Inexiste, como já referenciado, um suposto direito ao acolhimento da pretensão de mérito deduzida em juízo. Cumpre ao magistrado, apenas, diante do caso concreto que lhe é posto, e no exercício de suas prerrogativas funcionais, dizer o direito, prolatando uma decisão, a qual poderá, ou não, acolher a pretensão.

Daí que, o direito de ação, como todo direito, sofre limitações ao seu acolhimento, bem assim ao seu conhecimento. Tais são as exigências de que o seu exercício observe as normas procedimentais do ordenamento, preenchendo, por exemplo, as condições da ação<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 214.

<sup>47</sup> Outra regra que contempla limitação congênere com a mencionada é a que se refere ao preenchimento dos pressupostos processuais, contemplada no artigo 267, IV do CPC.

Constituem-se, nas palavras de Nelson Nery Jr., “*limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação*”<sup>48</sup>.

É um princípio de importância inegável, porque dele decorrem inúmeras garantias. A primeira delas, como foi assinalado acima, é o direito à tutela jurisdicional adequada.

Podemos, ainda, mencionar outro direito a ela correlato. Ora, se o direito de ação a todos contempla, sem distinção, nota-se, de logo, que o ordenamento não pode ser a ele limitativo, senão de forma natural e legítima. Se assim o é, quaisquer limitações devem ser sanadas, razão pela qual restou previsto constitucionalmente o direito à assistência jurídica gratuita e integral, afinal, certo é que os custos para o ingresso em juízo – não só com custas, mas também com profissionais necessários – são obstáculos do exercício do direito de ação.

Em resumo, o direito fundamental à inafastabilidade da tutela jurisdicional significa:

(...) a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva.<sup>49</sup>

Enfim, tem-se que o direito fundamental à inafastabilidade é geral e, por isso, atinge a todos indistintamente. Entretanto, como bem evidenciado, não é bastante a mera prestação da tutela jurisdicional; é preciso, mais que isso, que ela seja adequada. É sobre isso que discorreremos no item a seguir.

## 2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 2.3.1 Histórico

O devido processo legal tem o seu berço ainda na idade média, na era feudal alemã. À época, iniciada a dinastia franca de Conrado II, e com a pretensão de obter certa estabilidade política e jurídica, é editado por este imperador o primeiro decreto em maio de 1037. Neste, cuidava-se do direito feudal e das regras de transmissão da terra, da propriedade.

<sup>48</sup> NERY JR. Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Ob. Cit., p. 137.

<sup>49</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. Cit., p. 20.

Dentre as normas fundamentais previstas neste decreto, destaca-se, para o presente estudo, a primeira delas, segundo a qual nenhum homem poderia ser privado de sua terra senão pelas leis do império<sup>50</sup>.

O decreto feudal germânico se põe, então, como o verdadeiro berço de um princípio do devido processo legal previsto em um ordenamento. A sua previsão no direito inglês, na Magna Carta, em 1215 – ao qual é conferido todo o crédito acerca da sua existência – nada mais é do que uma cópia daquilo que já era previsto anteriormente.

Essa transportação do princípio do devido processo legal, do nascente direito germânico para o direito inglês, deveu-se às fortes ligações políticas e familiares que uniam aqueles povos. O sistema feudal inglês adveio da conquista normanda.

Nesse contexto, o direito feudal inglês é importado conjuntamente com as normas de Conrado II, dentre as quais se destaca o Decreto Feudal de 1037.

Assim é que, a previsão da Magna Carta inglesa de 1215 não contém, necessariamente, uma inovação, mas uma verdadeira transposição daquele princípio germânico já inserido na realidade jurídica inglesa<sup>51</sup>.

A Magna Carta não continha previsões de direitos humanos, mas apenas versava sobre a relação entre rei e barões, em sua vasta maioria. Entretanto, o autor inglês Frank Barlow destaca que uma das suas principais cláusulas estava inserida no capítulo trinta e nove, prevendo, exatamente, a necessidade de um processo devido para que fossem aplicadas normas de privação de direitos<sup>52</sup>.

Sendo assim, não se pode conferir à Magna Carta inglesa a importância histórica que comumente encontramos, haja vista que não trouxe, no seu texto, algo original para a evolução do devido processo legal. De igual sorte, não contemplava uma efetivação de direito humanos, porque o processo legal fora previsto unicamente para as relações entre o Rei e os barões<sup>53</sup>. Não havia inovação, pois o poder de se impor contra o tirano – contra o próprio rei que agisse de forma contrária à lei – não era encontrado no texto inglês, mas poderia ser

---

<sup>50</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20: “Segundo a primeira ordenança do Imperador, nenhum homem seria provado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do império (laws of empire) e pelo julgamento de seus pares (judgement of his peers).”

<sup>51</sup> Ob. Cit., p. 23.

<sup>52</sup> O texto original segue transcrito: “No freeman shall be arrested, or kept in prison, or disseised, or outlawed, or banished, or in any way brought into ruin – and we will not act against him – unless by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.” *In The feudal kingdom of England*. 4th Ed. New York: Longman, 1988, p. 421.

<sup>53</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Ob. Cit., p. 53. O autor referencia que, opostamente ao que se observa nas notas de muitos doutrinadores, a demonstração histórica dá conta de que o devido processo legal tem origem germânica, tanto na sua faceta de devido processo legal substantivo, quando na faceta de devido processo legal procedimental.

subtraído do texto germânico, que impunha ao rei o respeito aos direitos individuais e, em geral, à lei<sup>54</sup>.

O princípio do devido processo legal é transportado para os Estados Unidos pela colonização inglesa no continente norte-americano. Aliás, historiadores noticiam que a cláusula do *due process* é primeiramente utilizada no território americano com vistas a desvencilharem-se do domínio britânico.<sup>55</sup> O devido processo legal compõe a realidade estadunidense, inicialmente, como um princípio em face dos poderes soberanos. Aparece positivado, inicialmente, na *First Virginia Charter*, ou Declaração de Direitos da Virgínia.

Nos Estados Unidos, o devido processo legal atinge o seu ápice com advento da *Emenda V*, haja vista que a Constituição americana então vigente (aquela de 1787), no seu texto original, optou pela expressão “*Law of the land*”, não se valendo da expressão devido processo legal.

Neste momento, a sua previsão ainda não era substantiva, mas a previsão propriamente do nome “devido processo legal” permitia ilações de que a sua aplicação se restringia ao processo, e, assim, não contemplava a ideia de um devido processo legal substantivo. Esse conceito surge em momento posterior, com o advento de julgamentos que levaram à interpretação, pelas cortes americanas, dos limites do devido processo legal.

No direito brasileiro, foi positivado com a previsão expressa do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, que contém a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Além da previsão constitucional expressa, não se pode olvidar que o direito ao devido processo legal encontra-se previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, nos arts. 10 e 11<sup>56, 57</sup>.

Esta previsão também se encontra na Convenção Europeia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, no art. 6º, §1º<sup>58</sup>. A doutrina francesa

<sup>54</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Ob. Cit. P. 54.

<sup>55</sup> Ob. Cit. P. 99/100

<sup>56</sup> Art. 10: Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. Art. 11. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

<sup>57</sup> Importa para o presente estudo mencionar – dado o corte epistemológico dos capítulos subsequentes – que a doutrina francesa esclarece que, na França, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não é uma norma de observância obrigatória, mas apenas um objetivo a ser atendido. CADIET, Loïc, dir. **Dictionnaire de la justice**. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, p. 1093.

chama a atenção para o fato de que, dada esta previsão, é imperioso o atendimento a esta regra no direito processual francês<sup>59</sup>. Cadiet<sup>60</sup> sustenta ainda que, em ordenamentos – ainda que europeus – cujas constituições comportam um texto mais completo, no que concerne aos direitos fundamentais processuais, a convenção tem pouca aplicação. Em países como a França, por outro lado, o texto constitucional carece de complementação a ser realizada pelo diploma europeu. A observância da convenção é obrigatória, sobretudo se considerado que o descumprimento do devido processo legal pode levar, para os países, a condenação pela Corte de Strasbourg<sup>61</sup>.

### 2.3.2 Conceito e conteúdo

Visto o histórico deste direito fundamental, outro obstáculo se apresenta: a delimitação do conceito de “devido processo legal”. Sobre esta dificuldade, válida a menção ao voto do Juiz Frankfurter, da Suprema Corte Americana, no caso *Anti-facist Comitee vs. Mc Grath*, citado por Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>62</sup>:

[...] *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

No direito americano, o conceito e o conteúdo são ensaiados nos mais diversos tratados jurídicos. Podemos encontrar a menção ao fato de que o devido processo legal implica o direito que tem a parte em estar presente perante o tribunal que irá julgá-lo em questões referente a vida, liberdade, propriedade, em todos os seus sentidos; o direito de ser

---

<sup>58</sup> Art. 6º, §1º, na versão oficial em português: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

<sup>59</sup> MOUGENOT, Dominique. **Principes de droit judiciaire privé**. Bruxelas : Larcier, 2009, p. 90.

<sup>60</sup> CADIET, Loïc, dir. **Dictionnaire de la justice**. Ob. Cit., p. 1094.

<sup>61</sup> Cadiet referencia que a Corte de Strasbourg desempenha um papel central no desenvolvimento e na concretização do princípio do devido processo legal, uma vez que tem poderes para condenar os estados-membros a efetivar uma satisfação equitativa ao requerente uma vez constatada uma violação da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Ob. Cit., p. 1094.

<sup>62</sup> *In Leituras Complementares para Concurso*. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2003. cap. 1, p. 20.

ouvido e de contrapor, com provas, todo o material fático no qual repousa a questão de direito invocada<sup>63</sup>.

Na doutrina francesa, encontramos a tradução da expressão como a ideia da justiça processual que supõe o acesso à justiça, acompanhado da igualdade de tratamento das partes no processo<sup>64</sup>. Ou seja: garantido o acesso à justiça, o cidadão deve ter o direito a um processo com tratamento igualitário das partes e seguindo o procedimento devido. O berço da expressão “devido processo legal”, no direito processual francês, conforme já referenciado, não se encontra numa legislação própria e específica. Entender-se pela existência de um direito ao devido processo legal na França é decorrência da interpretação da previsão constante do art. 6º da Convenção europeia dos direitos do homem dada pela Corte de Strasbourg.

No seu conteúdo mais remoto, assim como afirmado nas breves linhas históricas expostas, o devido processo legal surge como um direito fundamental em face de tiranos. Aparece, principalmente, como uma forma do cidadão enfrentar o poder do Estado, que ficaria privado de certos atos – privar da liberdade ou da propriedade – senão após um devido processo, ocorrido conforme a lei.

A acepção do que seja “devido”, nesse contexto, é que vem a ser atualizada, a fim de que possa se inserir na realidade contemporânea. Aquilo que era “devido” quando da previsão do princípio nos idos da idade média, não é o necessariamente “devido” dos dias atuais, quando se considera a revolução cibernética, os movimentos globais que invadem o processo judicial.

Dai a dificuldade de determinação de qual seria o alcance de um processo “devido”, tornando-se uma cláusula em eterna construção.

Na doutrina francesa, encontramos como devido o processo que repousa sobre a condução de homens íntegros que proferem decisões de qualidade; este processo supõe, para estes autores, igualmente, o respeito de todos os princípios fundamentais no desenvolvimento do procedimento<sup>65</sup>.

De toda sorte, em que pese toda a dificuldade para se chegar a um conceito puro e simples, no conteúdo do devido processo legal, assim como no seu conceito, deve estar a

---

<sup>63</sup> “Due Process of law implies the right of the person affected thereby to be present before the tribunal which pronounces judgement upon the question of life, liberty, or property, in its most comprehensive sense; to be heard, by testimony or otherwise, and to have the right of controverting, by proof, every material fact which bears on the question of right in the matter involved. If any question of fact or liability be conclusively presumed against him, this is not due process of law.” GARNER, Brian A. org. **Black’s Law Dictionary**. 6ª Ed. Londres : West Group, 2006, p. 500.

<sup>64</sup> CADIET, Loïc, dir. **Dictionnaire de la justice**. Ob. Cit., p. 1093.

<sup>65</sup> CADIET, Loïc, dir. **Dictionnaire de la justice**. Ob. Cit. p. 1097.

observância aos princípios processuais previstos no ordenamento, assim como aos demais direitos fundamentais dos cidadãos.

No direito brasileiro, dada a redação genérica que envolve o nome mesmo deste princípio processual, o princípio do devido processo legal é o sustentáculo de todos os demais princípios processuais, insertos na locução e definição daquilo que seja “devido”. Como visto, a sua concepção atual teve berço na doutrina norte-americana (não obstante o seu nascimento datar da idade média germânica), como sendo, naquela época, unicamente a necessidade de existir um processo ordenado (*orderly proceeding*).

Não é fácil conceituar o devido processo legal em uma definição concisa, sendo difícil apresentá-lo em uma fórmula específica ou delimitada, dado que seu conteúdo transcende e contamina todo o processo<sup>66</sup>.

De forma genérica, é possível imaginar o princípio do *due process of law* como exteriorização do trinômio vida – liberdade – propriedade. Neste sentido, Canotilho<sup>67</sup> conclui que o processo a ser considerado devido – que atende ao devido processo legal – é aquele legalmente previsto para a privação do cidadão da vida, da liberdade e da propriedade<sup>68</sup>.

Nos dias atuais, no que concerne ao seu aspecto material, já se tem em mente que não mais se faz necessário o estabelecimento específico do seu conceito, mas sim ter ciência das influências do princípio no âmbito concreto do processo. O que se deve considerar é a garantia que ele proporciona, de tratamento igualitário entre as partes, vinculação ao preceito de lei, bem como a observância dos demais preceitos fundamentais constantes da constituição, referentes ao processo em geral.

Neste particular, Calmon de Passos aponta, para a configuração do devido processo legal, a imprescindibilidade da presença de três condições essenciais, consistentes na presença do juiz imparcial e independente, o acesso ao judiciário e o contraditório<sup>69</sup>.

Este é outro ponto que se afigura, a fim de comprovar a desnecessidade de sua conceituação de forma específica. É que, como aventado em linhas anteriores, o princípio sob

<sup>66</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**. Lisboa: Almedina, 2009, p. 119.

<sup>67</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 489: “A leitura básica das Emendas relacionadas com o *due process of law* pode sintetizar-se da seguinte forma: **processo devido em direito** significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade.”

<sup>68</sup> O conceito americano é encontrado no seguinte sentido: "Phrase means that no person shall be deprived of life, liberty, property or of any right granted him by statute, unless matter involved first shall have been adjudicated against him upon trial conducted according to established rules regulating judicial proceedings, and it forbids condemnation without a hearing, *Pettit v. Penn., La.App.*, 180 So.2d 66, 69." **Blacklaw's Dictionary**. Ob. Cit., p. 500.

<sup>69</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1981. p.86.

comento se refere a uma multiplicidade de garantias processuais previstas na ordem constitucional vigente. Por assim ser, o seu conceito está em eterna modificação e adaptação aos anseios sociais mais atualizados. Trata-se de um conceito guarda-chuva, aberto, que contém diversas nuances.

Fredie Didier<sup>70</sup> afirma que, como decorrência desta amplitude, é possível encontrar no texto constitucional o princípio implícito da efetividade. Isso significa que não é suficiente a simples previsão de direitos; faz-se necessário que os direitos sejam efetivados, pois “processo devido é processo efetivo”<sup>71</sup>. Aliado ao devido processo legal tem-se o direito fundamental à inafastabilidade da tutela jurisdicional, para então subtrairmos o princípio implícito da efetividade.

Como visto, não basta possibilitar à parte o acesso ao Poder Judiciário, pura e simplesmente, esse acesso haverá de ser devido e com a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Já se repetiu que o direito é à entrega da tutela jurisdicional, seja ela, ou não, no mérito, de deferimento da pretensão. De toda sorte, a entrega da prestação deverá ser efetiva e, assim, deferida a pretensão, não se trata apenas de ganhar, mas de ganhar e levar. Não é o simples direito à sentença, mas aos meios capazes de conferir efetividade ao preceito sentencial<sup>72</sup>.

O processo, enquanto instrumento devido, pode ser considerado efetivo na medida em que seja um meio eficiente à realização do fim a que se propõe: realizar o direito material<sup>73</sup>.

### 2.3.3 Amplitude do devido processo legal

Como princípio responsável por anunciar um direito fundamental, o devido processo legal também possui aplicabilidade genérica. Influencia, nesse passo, não só as ações jurisdicionais, como, também, os poderes Executivo e Legislativo. Atua como verdadeira fonte de limitação da atividade estatal, razão pela qual há quem o considere “*mais uma garantia do que propriamente um direito*”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 67.

<sup>71</sup> Ob. cit. p. 68.

<sup>72</sup> Ob. cit. p. 68.

<sup>73</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. In *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

<sup>74</sup> BASTOS, Celso R., e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 278.

Em verdade, a palavra que compõe o seu conceito – “processo” – não deve ser tida unicamente como processo judicial, e sim, como qualquer forma procedimental de exercício do poder, não obstante seja ele jurisdicional ou administrativo.

Nos dias atuais, há que defenda a sua aplicação também nas relações privadas<sup>75</sup>, conferindo a este princípio a característica de compor as cláusulas que envolvem um contrato privado, partindo da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado (a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Não por outra razão – senão por esta sua inegável capacidade limitativa de todos os âmbitos do poder –, conclui-se, com tranquilidade, que o princípio do devido processo legal é o responsável por autorizar o magistrado a, diante do caso concreto, questionar a razoabilidade e plausibilidade de aplicação de determinada norma, exercendo, com base naquele princípio, o controle da atuação legislativa. Exerce, assim, o controle sobre a efetiva justiça processual. Observe-se que, portanto, é esta cláusula geral que permite concluir que o juiz possui, sim, os poderes de adaptação do processo – mas retornaremos nesse tema em seguida.

Convergem, pois, neste princípio, todos os demais princípios informadores do processo, estejam ou não previstos na Constituição, saltando aos olhos o seu conteúdo complexo. Por assim ser, Nery Jr. o classifica como “o gênero, do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”<sup>76</sup>, ao passo que Cretella Neto<sup>77</sup> confere-lhe a denominação de “megaprincípio”.

É o que, de forma sucinta, afirma Marcelo Lima Guerra<sup>78</sup>:

Com efeito, tanto se pode referir ao *direito fundamental ao processo devido*, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental.

Destarte, do quanto vem de ser exposto, tem-se que, do princípio gênero do *due process of law*, decorrem inúmeros outros princípios processuais constitucionalmente previstos. Não exatamente decorrem, mas com ele guardam relação direta. É ele o responsável por que todos estes demais princípios sejam sempre interpretados segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

<sup>75</sup> Nesse sentido BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, e DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Ob. Cit.

<sup>76</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Ob. Cit., p. 60.

<sup>77</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 40.

<sup>78</sup> *in* **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. Ob. Cit., p. 100.

Refere-se, pois, não apenas ao caráter formal do processo. É dizer: não apenas ao devido processo legal como uma sucessão de atos perfeitamente concatenados, de acordo com as previsões legislativas. Mais que isso, relaciona-se com a substancialidade das decisões a serem exaradas<sup>79</sup>.

#### 2.3.4 Devido processo legal formal e devido processo legal substancial

O direito fundamental a um devido processo legal comporta, hoje, duas vertentes. Na primeira delas, tem-se o devido processo legal formal, que compreende, assim, o também denominado devido processo legal procedimental.

Nesta acepção do princípio afirmam-se os princípios fundamentais processuais mencionados no item anterior. Ou seja: é a concepção do princípio do devido processo legal “guarda-chuva”, que contém todos os demais princípios, a fim de permitir um processo devido e legal.

A compreensão do legalmente devido, na vertente formal, constitui apenas a legalidade de forma, para que o processo se desenvolva conforme o Direito. É dizer: será legalmente formal se atender à ordem legal de concatenação de atos processuais. Somente.

Essa vertente é a mais óbvia.

Não obstante, no direito americano desenvolveu-se a ideia de um devido processo legal substancial. Com isso, quis mencionar o direito estadunidense, que é devido – e, assim, atende ao preceito do *due process of Law* – o processo que gera, ao final, uma decisão jurídica substancialmente devida.

Trata-se de um desenvolvimento da doutrina que questiona a separação dos poderes, com base na supremacia da Constituição.

A percepção da doutrina constitucional americana, em face da instituição de um novo modelo de Estado, regido por uma norma suprema (constitucional), postava-se no sentido de reelaboração das teses separatistas das funções estatais até então adotadas. Não havia mais lugar para a supremacia pura e simples seja do executivo, seja do legislativo. A supremacia que se passava a exigir era a do guardião na norma suprema do Estado. De tal modo, judiciário e constituição mostram-se expressões quase sinônimas, reveladoras do mesmo ideal: a defesa do Estado Constitucional e de seus mais notáveis consectários.<sup>80</sup>

Assim, o desenvolvimento da vertente do devido processo legal substantivo ocorre, no direito americano, como forma de sobrelevar a posição do juiz, por ser aquele que

<sup>79</sup> A esse respeito: “As decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta”. DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 10.

<sup>80</sup> PEREIRA, Ruitemerg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Ob. Cit. P. 467.

tem o controle da lei máxima do Estado. O processo devido não é apenas o processo que se atenha às regras procedimentais previstas no ordenamento, ou que atenda aos princípios processuais vigentes. É devido, portanto, o processo que contém uma decisão substancialmente devida, assim entendida aquela que se sustenta em face dos preceitos constitucionais vigentes.

O processo devido, na sua acepção substancial, modifica, assim, a atitude hermenêutica do juiz, que se põe acima das normas a fim de que atinja uma decisão adequada. É nesse contexto que o processo passa, então, a ser devido quando o magistrado adequa na sua decisão o conteúdo essencial dos direitos fundamentais previstos<sup>81</sup>.

Tem uma razão abstrata, nessa vertente, na medida em que impede “privações arbitrárias” sobre os direitos da vida, da propriedade e da liberdade pelo Estado. Esta é uma concepção plástica do princípio, que permite que aquilo que seja, em um dado momento histórico, considerado desarrazoado ou arbitrário, não o seja em um momento seguinte – permitindo a perenidade do princípio<sup>82</sup>. Por isso compreendê-lo como cláusula geral.

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal apresenta um entendimento peculiar acerca do tema, permitindo que o conceito de “devido processo legal substancial” esteja diretamente ligado ao atendimento dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Na visão da corte máxima constitucional brasileira, com arrimo nos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, pode o juiz invocar o devido processo legal a fim de obter decisões mais adequadas e, assim, mais “devidas”<sup>83</sup>.

Assim, o devido processo legal funciona como uma cláusula de controle de todos os atos do estado, que ficam passíveis de análise, pelo Poder Judiciário, quanto à sua

<sup>81</sup> PEREIRA, Ruitemerg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Ob. Cit. P. 469.

<sup>82</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. **O devido processo legal substantivo: Razão abstrata, função e características de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 320.

<sup>83</sup> Nesse sentido, válida a transcrição da seguinte passagem de um julgamento: “Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24): ‘O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância da diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (RTJ 176/578-579, Rel. Ministro Celso de Mello, Pleno do STF)”.

proporcionalidade e razoabilidade. É devido, então, o que é proporcional e razoável. O controle da proporcionalidade e razoabilidade ficam a cargo do poder judiciário, na interpretação da cláusula aberta prevista no texto constitucional.

## 2.4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO PROCESSUAL

### 2.4.1 Adequação e instrumentalidade

A adequação há de ser considerada em dois momentos distintos. O primeiro deles refere-se ao momento legislativo, quando deve ser considerada, na construção da lei processual, a necessidade de que a norma esteja de acordo com a necessidade do jurisdicionado. O segundo momento é aquele jurisdicional, que permite ao juiz adaptar o processo no caso concreto<sup>84</sup>. É esta segunda acepção que possui maior relação com o tema ora apresentado.

O entendimento acerca da instrumentalidade do processo parte da conscientização de que o processo tem a sua importância aferida a partir da sua capacidade de produzir resultados efetivos em favor do jurisdicionado, que “bate às portas do judiciário” na busca pela entrega de uma prestação jurisdicional<sup>85</sup>.

Com lucidez, Marinoni<sup>86</sup> explica que a tutela é prestada de forma adequada pelo juiz. Isso não se exaure, portanto, na simples aplicação de normas sobre técnicas processuais previstas abstratamente pelo legislador. “Isso certamente seria inverter a lógica das coisas”, nas palavras do autor, porque retira do poder judiciário do dever de adequar, transferindo exclusivamente ao legislador; significa que o judiciário não teria o dever de responder pelo dever à uma tutela jurisdicional adequada, mas pela simples aplicação da norma abstratamente prevista.

Consiste em estar voltado para a análise dos resultados do processo, com a ideia de que o processo não vale pelo que é em si mesmo, mas pelo resultado que ele pode produzir. É preciso, então, revisitar os escopos da própria jurisdição. Isso porque a jurisdição está voltada à realização dos fins do Estado<sup>87</sup>.

O entendimento sobre a instrumentalidade do processo parte, portanto, da

---

<sup>84</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Ob. Cit., p. 68.

<sup>85</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14a edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ob. Cit., p. 215.

<sup>87</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Ob. Cit., p. 177/178.

concepção dos resultados que são esperados de uma relação jurídica processual. A doutrina francesa processual indica que o procedimento jurisdicional é um conjunto de atos sucessivos, voltados para a entrega da prestação jurisdicional (decisão), mas que não pode ser concebido se afastado do caso particular ao qual se relaciona<sup>88</sup>.

Analisar o processo sob o prisma teleológico permite perceber a necessidade de sua adequação, a fim de que possa atingir, da melhor forma possível, o resultado esperado. Implica a concepção do processo enquanto instrumento que permite perceber que as normas de direito processual, conquanto possam objetivar algum formalismo, não podem mostrar-se como um obstáculo à realização da jurisdição e do direito subjetivo.

Para que o processo seja capaz de atingir o seu intento, é preciso não se afastar da visão “para fora” de que ele existe para a satisfação do direito material. Ou seja: o processo deve servir, da melhor forma possível, ao direito substancial que lhe é subjacente. Só assim pode-se aventar de um processo eficaz.

#### **2.4.2 Adequação e direito material**

Pode-se afirmar, portanto, uma interdependência entre o direito e o processo, para que se atinja a eficácia do sistema. A norma de direito material exerce influência direta na forma de satisfação a ser adotada pelo direito processual, ou mesmo na forma de provar aquele direito – tema analisado no item anterior. De nada adianta o processo que não observe o objetivo maior que o direciona.

Isso não quer dizer que há alguma confusão entre o direito processual e o direito material. Todavia, a concepção da autonomia do processo não implica sua indiferença quanto aos objetivos que busca ou quanto ao direito material que lhe é subjacente. Cadiet<sup>89</sup> apresenta metáfora significativa para a explicação do problema: o funcionamento da justiça, no seu entendimento, está voltado para a solução dos litígios assim como um hospital está voltado para a cura dos pacientes. Daí o processo (remédio) deve ser adequado ao litígio (doença). Esta deve ser ideologia a permear o processo judicial.

A doutrina francesa, com esse entendimento, chama a atenção de que o processo

---

<sup>88</sup> CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure**. In JEULAND, Emmanuel (sous la direction de), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance du juge*. Paris, Dalloz, ainda em fase de publicação.

<sup>89</sup> CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure**. Ob. Cit.

deve acompanhar a complexidade do litígio, ou seja, do direito material<sup>90</sup>. Assim, o princípio processual da adequação tem por finalidade, exatamente, compatibilizar a complexidade do litígio com o processo. Todo o fenômeno processual deve ser concebido como instrumento à disposição para a satisfação do direito material.

Assim, volvemos a alguns dos conceitos já mencionados; o devido processo legal, a efetividade e a duração razoável do processo. Naquele momento, ficou esclarecido que o processo devido é aquele que se desenvolve no tempo razoável. Universalizar a razoabilidade do tempo do processo é uma audácia que este trabalho pretende afastar, justamente valendo-se do paradigma da adequação.

Definir genericamente o tempo razoável do processo implica fechar os olhos para o direito material posto em litígio. A rapidez não é um fim em si, mas o é a prestação jurisdicional efetiva e adequada. O processo não deve estar simplesmente voltado para procedimentos céleres, mas para procedimentos eficazes. Nesse sentido, relembra Calmon de Passos<sup>91</sup>, em lúcida passagem que nos faz perceber que o processo não existe simplesmente para dar fim aos conflitos da forma mais rápida possível, mas da forma mais adequada e efetiva possível. Especificamente sobre a razoabilidade do tempo processual retornaremos em seguida.

### 2.4.3 O conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

É nesse contexto, de um processo que atenda ao anseio material do jurisdicionado, que ganha relevância e destaque o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Isto porque, por expressa disposição constitucional, todos têm direito à prestação da tutela jurisdicional – como decorrência do direito fundamental à inafastabilidade da apreciação jurisdicional –, assim que constatada lesão ou ameaça de lesão a direito, como bem

<sup>90</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. In Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit. Paris: Litec, 2009, p. 83.

<sup>91</sup> O inegável brilhantismo do autor nos leva a transcrever o trecho mencionado: “Entoarem-se loas a procedimentos sumários, deformalizados, ou que se tornem milagrosos *vapt-vupt* ensejadores do *alívio* do Poder Judiciário, é pretender que, num Estado de direito, o menos relevante é o cidadão, o usuário, porque como usuário bem atendido não se pode ter quem, na fila do posto de saúde é medicado com presteza mas leva o remédio errado, por erro de prescrição, o que vai lhe causar piora ou morte, bem como o réu que tem contra si uma sentença relâmpago que vai lhe matar o direito de ter direitos. Se o problema é pressa, para resolver todos os problemas, já se mostrou que o melhor modo é o genocídio. Se liquidarmos fisicamente todos os que potencialmente podem vir a ser usuários dos serviços de saúde ou dos serviços da Justiça, nem haverá filas nos hospitais nem excesso de processo nos cartórios, podendo médicos e magistrados gozar de lazer remunerado, sem solução de continuidade.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume III. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15. Disso subtraímos que a generalização é pretensão indevida: o remédio há de ser certo, há de ser adequado.

aponta Fredie Didier Jr.<sup>92</sup>. Continua o autor que, ao se reconhecer o direito fundamental à inafastabilidade do poder jurisdicional significa a garantia para o cidadão de uma tutela jurisdicional adequada ao objeto da demanda posto em litígio.

Também é possível subtrair este princípio do devido processo legal, pois devido é o processo que esteja adequado à situação posta em litígio. Esta concepção decorre exatamente da concepção do devido processo legal como uma cláusula geral do processo<sup>93</sup>.

Tal direito decorre, portanto, do próprio conceito de Estado de direito e do monopólio estatal do poder judicante. Por isso, pode-se concluir que “la tutela judicial es la consecuencia necesaria del <<contrato>> inicial de los ciudadanos con el Poder”<sup>94</sup>. E o Estado tem, portanto, que entregar um serviço de qualidade. Ou seja: de nada serve a previsão de um dever do Estado na entrega da prestação jurisdicional, se à parte não for conferida a tutela jurisdicional adequada.

Direito é direito, e a proteção que um merece, todos merecem. A diferenciação se faz, e é justo e necessário que se faça, em termos de adequação. Para cada tipo de providência deve ser exigido um conjunto de atos que sejam suficientes para assegurar o grau de convencimento que a espécie reclama do julgador.<sup>95</sup>

É dizer: o exercício do direito de ação somente apresenta razão de existir se o ordenamento puder conferir à parte, de forma adequada, o quanto foi proposto. É claro que, com isso, não se quer propor a existência de um direito ao deferimento do pleito deduzido nos autos. Não. O que se quer é que, diante da real possibilidade de procedência do pedido – abarcando o direito a pretensão deduzida –, seja a tutela concedida de forma a atender satisfatoriamente ao comendo sentencial.

O processo é um instrumento de satisfação de direitos, exatamente porque criado com esta finalidade. Exatamente por esta razão surge o princípio da adequação do processo à situação substancial, sob pena de configurar verdadeira negativa de prestação da tutela jurisdicional. É o que, de forma brilhante, expõe Fredie Didier Jr.<sup>96</sup>:

Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno.

Ocorre, entretanto, que a busca pela garantia processual, e pela segurança do processo deu lugar à necessidade de atendimento da tutela jurisdicional almejada, fosse como

<sup>92</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Ob. Cit., p. 69.

<sup>93</sup> Ob. Cit., p. 69.

<sup>94</sup> BARTOLOME, Placido Fernandez –Viagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Madrid: Editora Civitas S. A., 1994. p. 21.

<sup>95</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 15.

<sup>96</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 34-35.

o fosse. O excessivo formalismo processual se sobrepôs à finalidade do processo de garantir ao cidadão a tutela que veio obter do Estado. É certo que “a forma na medida certa é fator de garantia”<sup>97</sup>. A forma, na medida certa, é fator de segurança e tem muita importância para que sejam afastadas condutas tiranas, como já relembra o direito francês. Muito distante disso é o que pretende o princípio da adequação do processo.

Sim, porque se o processo não pode ser objeto de tirania do Estado, também não pode o Estado cancelar um serviço público ineficiente e sem qualidade.

Nestes termos, o formalismo excessivo leva à burocracia processual inefetiva e, assim, inadequada. O processo não pode ser um fim em si mesmo; mas um instrumento em busca da satisfação da tutela jurisdicional.

A corrida desenfreada pela garantia e segurança do processo, aliada à necessidade absoluta de celeridade e efetividade, olvidou, no plano legislativo, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada em inúmeros casos. Em tais hipóteses, defende-se, então, diante do caso concreto, a busca pela adequação processual através do bom-senso do magistrado, valendo-se, para tanto, de todos os demais direitos fundamentais do processo e, por óbvio, da técnica de ponderação advinda da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso.

Nesse sentido, contundente a distinção apresentada por Didier, para quem se denomina de princípio da adequação a determinação voltada para o legislador, ao passo que, no tocante ao magistrado, o denomina de princípio da adaptabilidade<sup>98</sup>, que lhe permite uma liberdade maior, diante do caso concreto<sup>99</sup>.

Desta arte, ficou mencionado que, invocada a tutela jurisdicional, não poderá o juiz abster-se de prestá-la, e deverá, demais disso, fazê-lo da forma mais adequada possível. Outro efeito se nos afigura: a impossibilidade de o magistrado furtar-se a cumprir o seu dever, sob a escusa de inexistir norma que abarque a pretensão deduzida *tout court*. Ou, ainda, sob a aplicação de norma que nega, ao jurisdicionado, direito fundamental seu que, segundo os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, deve prevalecer.

---

<sup>97</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

<sup>98</sup> José Roberto dos Santos Bedaque traz denominação interessante para este princípio: “elasticidade processual”. *In Direito e Processo*. 6a edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

<sup>99</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 34: “O princípio da adequação pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: a) o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; b) o processual, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa. Quiçá, para fins didáticos, devêssemos nomeá-los apenas, no primeiro momento, de princípio da adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade; um, abstrato e prévio; outro, concreto e reparador.”

Assim, sendo a pretensão proibida no ordenamento, o magistrado poderá, com facilidade e dizendo o direito, indeferir a pretensão, por inexistência de previsão normativa para o deferimento do pleito.

Sem embargo, não é essa a situação que colocamos. O caso invocado se refere à hipótese em que, não havendo previsão acerca da procedência ou não do pedido – é dizer: no caso de lacuna real da lei –, ou, ainda, sendo a norma procedimental inadequada à efetiva prestação jurisdicional – por se tratar, por exemplo, de lacuna ontológica –, o magistrado argumente a inexistência desta para indeferir o pleito, típico caso de incompletude do ordenamento<sup>100</sup>, ou aplique, cegamente, a norma inadequada presente e vigente.

Nesta hipótese, invocando o que o autor denominou de princípio da adaptabilidade, caberá ao magistrado conferir a tutela jurisdicional invocada, a partir do quanto posto no ordenamento, valendo-se das demais fontes do direito à sua disposição. Não o fazendo, tratar-se-á de verdadeira negativa de prestação de tutela jurisdicional, e, assim, infração ao direito de ação. A prestação jurisdicional é do Estado, que não pode dela se afastar sob o argumento de que, ele mesmo, Estado, não teria produzido uma solução adequada para o caso que lhe é posto. É dizer: o Estado, neste caso, não estaria conferindo a tutela jurisdicional ao cidadão.

Segundo Galeno Lacerda<sup>101</sup>, a adequação pode dar-se sob três óticas. A primeira ocorre em razão das características das partes envolvidas no litígio. A adequação teleológica refere-se aos fins em relação aos quais está voltada a tutela jurisdicional, ou aos valores preponderantes para aquele caso concreto. Por fim, a ótica objetiva subdivide-se, ainda, em três critérios: a natureza do direito material em litígio, a forma de apresentação de tal direito no processo e a urgência demandada para a materialização do direito. Na adequação objetiva encontra-se, como característica fundamental a indisponibilidade do direito, capaz de gerar a diferenciação procedimental<sup>102</sup>.

Diante do princípio da adequação da tutela jurisdicional, tem-se, pois, que é preciso que o ordenamento, em razão das partes litigantes, dos fins e valores preponderantes ou dos critérios objetivos, ofereça uma prestação jurisdicional adequada, o que só pode se dar através da adaptação do procedimento diante da hipótese processualmente posta. Não sendo a norma do caso a norma adequada, imperioso que o magistrado o faça, diante do caso

---

<sup>100</sup> Sobre o tema, válida a explanação de Norberto Bobbio, in **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 115: “Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento, nem a norma que o permite”.

<sup>101</sup> LACERDA, Galeno. **O código como sistema legal de adequação do processo** in Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – comemorativa do cinquentenário. Porto Alegre, 1976. p. 164.

<sup>102</sup> A divisão é apresentada pelo professor Fredie Didier Jr. in **Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 37.

concreto, afinal, “de nada adianta o processo regular, do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem”<sup>103</sup>.

Tal pode, inclusive, ocorrer diante do caso concreto<sup>104</sup>, quando o magistrado vislumbrar que, não de outro modo a tutela poderá ser útil, ou seja, agindo estritamente como previsto na norma, a tutela pode mostrar-se inadequada e, assim, neste caso, haverá verdadeira negativa de prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, concebemos, é a previsão do artigo 107, V do anteprojeto do código de processo civil. O texto merece transcrição:

**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; (...)

O texto proposto era amplo. Ao juiz caberia adequar, mesmo porque a exposição de motivos esclareceu este intento, *ab initio*<sup>105</sup>. Semelhante com a situação histórica francesa, o código de processo civil pátrio ampliaria os poderes do juiz na condução do processo. A cláusula é aberta e encontra únicas limitações no contraditório e na ampla defesa.

Aliás, não se pode afastar da premissa de que este artigo encontra-se inserido no capítulo relativo aos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, o que implica concluir que a intenção do legislador não foi outra senão ampliá-los – os direitos e deveres do magistrado.

Sucede que a proposta não vingou no Senado, o que é uma pena.

Assim, seja pela previsão legal expressa, seja porque decorrente diretamente do princípio constitucional do devido processo legal, o magistrado brasileiro tem poderes para adaptar o processo. O ativismo não se atém ao direito material; o juiz poderá, também, adaptar as regras de processo para mais bem cumprir o seu serviço público<sup>106</sup>, o que implica, na presença legislativa, alterar as normas de processo, a fim de que atendam melhor à finalidade da prestação jurisdicional.

<sup>103</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Ob. Cit., p. 26.

<sup>104</sup> NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. Ob. Cit., p. 137 e 138.

<sup>105</sup> N.r.1 da exposição de motivos do anteprojeto do código de processo civil: Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.

<sup>106</sup> Repete-se, portanto, a identidade entre o sistema jurídico brasileiro e aquele francês. Em ambos, a concepção de justiça como um serviço público que, por isso, deve estar atento ao cumprimento da sua atividade conforme os princípios da efetividade e duração razoável. O tema, no direito francês, pode ser visto em CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 7a edição. Paris : LexisNexis, 2011. p. 35 e 38.

Dito isso, apesar de ainda não previsto expressamente no texto constitucional ou normativo de instância inferior, é certo que o princípio da adequação encontra-se implícito como valor do ordenamento jurídico.

O primeiro fundamento, visto nas linhas precedentes, decorre da previsão expressa de um devido processo legal. Entretanto, a ligação entre o direito processual e o direito material é que demonstra, com maior clareza, o valor de adequação vigente no ordenamento processual brasileiro.

O legislador criou procedimentos específicos em decorrência de situações especiais. Ou seja: há, *de lege lata*, a especialização de procedimentos, tomando-se por base o direito material posto em litígio – é o que ocorre, por exemplo, com a ação de inventário ou com a ação de consignação em pagamento. Há, ainda, a especialização de procedimentos que leva em consideração a condição da parte - a exemplo da tramitação prioritária dos processos, determinada pelo estatuto do idoso<sup>107</sup>.

Assim é que a adequação, enquanto um valor do ordenamento pátrio, não podia ser questionada, porque assim o quis o legislador, especializando procedimentos pelos mais diversos fundamentos.

Não mencionara o legislador, até então, a possibilidade de adaptação do procedimento. Há, decerto, uma criação de especializações genéricas de procedimento. Não é disso que se fala. Para que haja a efetiva adequação – e, assim, para que seja atendido ao preceito constitucional de um devido processo legal – é preciso afastar-se, o quanto mais possível, das generalizações, para abraçar, o quanto mais possível, as peculiaridades do caso concreto.

Dai a necessidade de afastar-se dos regramentos codificados de maneira exaustiva, para possibilitar a realização efetiva da adequação caso a caso. Flexibilizar o processo, conforme será detidamente analisado mais adiante.

Note-se que adaptar o processo em busca de uma maior celeridade – ou mesmo da efetividade de entrega da prestação jurisdicional – foi a intenção do legislador processual desde o início. A divisão da competência em razão da matéria – com processos especializados para o direito penal, direito do trabalho e direito eleitoral –, a especialização dos magistrados que ficam adstritos à análise e julgamento destas alegações, inicialmente, já demonstra a

---

<sup>107</sup> Art. 71 da Lei 10.741/2003: “É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.”

intenção legislativa de separar as causas e os procedimentos em consideração às situações particulares que os envolve, naquilo que concerne ao direito material posto em litígio.

Mas a celeridade, por si só, não responde à necessidade de que, na verdade, o processo seja alterado para atender também à efetividade do direito e, sobretudo, à qualidade da prestação jurisdicional. Rápido não é suficiente: o processo será formalmente devido, mas substancialmente desqualificado.

O que hoje se observa é que, mesmo este olhar do legislador em adequar os procedimentos genericamente, o esforço não se mostrou capaz de conter a evolução e complexidade dos problemas e dos litígios, que culminaram com a morosidade judiciária.

Daí exsurge a necessidade de adaptação do procedimento, diante do caso concreto e levando em consideração as suas peculiaridades. O princípio da adaptação, portanto, se afasta das amarras do direito processual civil. O direito ao devido processo legal adequado é direito fundamental em todo e qualquer processo – seja ele criminal, trabalhista ou eleitoral.

A adequação, como decorrência direta do princípio do devido processo legal, é princípio comum a todos os tipos de processo - seja ele civil, criminal, trabalhista ou, até mesmo, administrativo. Isto porque, enquanto princípio processual, está diretamente ligado ao ato de julgar, estando desvinculado da natureza da jurisdição. A adaptação, de acordo com as características do caso concreto, não significa que o princípio, em relação ao processo, só será aplicado em um ou outro caso, a depender das especificidades de cada um. Não. O princípio da adequação é um valor que acompanha todo e qualquer tipo de processo ou procedimento, porque compõe o direito fundamental ao devido processo legal e o direito de acesso à justiça (que deve ser adequadamente entregue, sob pena de não haver justiça).

Por isso esse princípio é comum e implícito em todos os tipos de processo, e não apenas um princípio peculiar do direito processual civil.

Se assim o é, a sua aplicação não decorre da natureza do processo a que se refere a demanda, mas pela simples presença de um processo – de uma relação jurídica processual –, sendo analisada apenas a sua aplicação - que é invariável e deverá sempre ocorrer – quando serão consideradas as peculiaridades e a natureza daquele processo em exame.

Assim é que a adequação enquanto um valor do ordenamento deve ser subtraída da formatação do ordenamento jurídico processual brasileiro; e naturalmente o é, o que significa tratar-se de um princípio implícito do ordenamento jurídico nacional. O que se pretende não é apenas enxergar a adequação como um princípio implícito, mas o que este princípio autoriza ao juiz: a verdadeira adaptação do processo.

Não é demais repisar que o simples advento do texto legislativo, portanto, não é suficiente para a solução da questão. Explico. Além da sua simples previsão, a fim de que se torne um efetivo direito e, também, uma prática processual, é imperioso que haja um estudo sobre seus eventuais limites e a sua aplicabilidade no caso concreto.

O trabalho, acresça-se, não tem por finalidade unicamente o processo civil: servirá também ao processo do trabalho, haja vista que a adequação, como aqui descrita e delineada, é consequência direta e necessária do direito ao devido processo legal, constitucionalmente previsto para todo e qualquer procedimento.

## 2.5. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A concepção do princípio da cooperação processual há de ser precedida de um estudo prévio acerca da organização da função jurisdicional<sup>108</sup>. Cada sujeito processual exerce, dentro do processo, papéis específicos.

Cumpre-nos, portanto, avaliar os papéis dos sujeitos segundo os modelos do processo.

### 2.5.1. O modelo adversarial x modelo inquisitorial

A distinção natural encontrada na doutrina apresenta a divisão do processo em dois moldes: adversarial ou inquisitorial.

No século XX, esta distinção era utilizada para determinar se o processo dependeria do impulso do particular para se desenvolver, ou se o processo se desenvolveria independentemente da presença da parte para determinar o seu prosseguimento<sup>109</sup>. Atualmente, esta distinção vem sendo utilizada numa variedade de contextos, dentre os quais o de classificar os sistemas de administração da justiça.

Os modelos clássicos são aqueles adversarial e inquisitorial. Há diversos critérios de distinção entre os sistemas. Processualmente, Barbosa Moreira<sup>110</sup> afirma que a divisão do trabalho entre o juiz e as partes na instrução do processo é o que define cada um dos sistemas.

<sup>108</sup> A lógica é apresentada por DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 73.

<sup>109</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority**. New Haven: Yale University Press, 1986. P. 03.

<sup>110</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: Um enfoque comparativo**. In *Temas de Direito Processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

O modelo adversarial se configura em uma relação de disputa, como uma relação entre duas partes perante alguém relativamente passivo diante da relação<sup>111</sup>; na forma de uma competição entre as partes do processo, diante do órgão jurisdicional. A função do órgão, nesse caso, é de decidir<sup>112</sup>. No modelo inquisitorial, por sua vez, o juiz atua como verdadeiro “protagonista do processo”<sup>113</sup>, na medida em que executa a maioria das atividades processuais<sup>114</sup>.

Por isso, os doutrinadores informam que, no primeiro modelo – o adversarial –, observa-se uma preponderância do princípio do dispositivo, como uma orientação preponderante, a partir dos momentos em que às partes são atribuídas as tarefas de instrução e condução do processo. Por outro lado, nota-se a preponderância do princípio do inquisitivo no sistema de nome similar, o inquisitorial, contempla uma concessão maior de poderes para o juiz no desenvolvimento do processo<sup>115</sup>.

Didier Jr. nos atenta para o fato de que não há como definir um único princípio para comandar o processo, haja vista que, com relação a cada tema processual (propositura da demanda, instrução do processo, delimitação do objeto litigioso, etc.) o legislador poderá adotar uma postura diversa. Daí a necessidade de identificar, em verdade, qual o princípio preponderante.

Processualistas franceses informam que a definição do processo enquanto coisa das partes, ou não, pressupõe a avaliação do pensamento do processo como acusatório ou inquisitivo. Nessa linha de pensamento, os doutrinadores informam que definir apenas como inquisitivo (coisa do juiz) ou acusatório (coisa das partes) é uma dualidade que não se presta ao processo civil, que tem um cunho privado e o exercício de uma função pública; o processo civil é a coisa das partes e do juiz<sup>116</sup>.

Barbosa Moreira<sup>117</sup> chama a atenção para a incapacidade da generalização do processo como “puramente inquisitivo” ou “puramente dispositivo”. O processo brasileiro, continua o autor, tem influência manifesta da tradição romano-germânica e a Exposição de Motivos do atual código contempla o princípio do dispositivo no item 18. D’outra quadra, pode-se notar passagem de cunho manifestamente inquisitorial, como ocorre na participação

---

<sup>111</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority**. Ob. Cit., p. 03.

<sup>112</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 74.

<sup>113</sup> O termo é apresentado por DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 74.

<sup>114</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority**. Ob. Cit., p. 03.

<sup>115</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 75.

<sup>116</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 387.

<sup>117</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. In *Temas de Direito Processual –oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

do juiz na instrução probatória, notadamente no art. 130 do CPC<sup>118</sup> que prevê a ativa participação do magistrado na produção de prova.

Os modelos processuais são, portanto, construídos a partir dos dois sistemas, aludindo-se tão somente à sua preponderância em um ou outro momento processual<sup>119</sup>.

Não há ordenamento processual “quimicamente puro”, de maneira que há dosagem dos dois elementos em todo processo<sup>120</sup>.

Há, ainda, outra acepção em doutrina. Barbosa Moreira<sup>121</sup> vincula a “dispositividade” do processo ao direito material posto em litígio. Nessa esteira, dispositivo é o processo que verse sobre direito material disponível, o que permite às partes dispor amplamente do processo. Ao versar sobre direito indisponível, estar-se-á diante de processo inquisitivo, necessariamente.

Não se pode afastar, entretanto, do fato de que, não obstante a natureza do objeto do demanda (se disponível ou não), o processo haverá de ser sempre iniciado por ato da parte<sup>122</sup>.

No processo francês – cuja compreensão guarda relação direta com o presente estudo –, os princípios diretores demonstram a concepção daquela sociedade sobre o processo. Consagram uma tradição liberal, mas inserem o juiz no controle ativo do desenvolvimento processual; o processo não é mais a “coisa das partes”<sup>123</sup>.

Disso, conclui Cadiet<sup>124</sup>, é subtraída a necessidade de que haja uma colaboração entre o juiz e as partes em vistas à solução mais justa possível do litígio.

A colaboração demanda mesmo que as partes ajam com lealdade no cumprimento de cada ato processual. Especificamente no tema de que trata este trabalho, o procedimento de *mise en état* do direito processual francês parte da premissa de lealdade entre as partes, que devem demonstrar, de logo, as suas armas e provas para a parte contrária. O procedimento foi integralmente pensado para evitar manobras dilatórias e desleais das partes<sup>125</sup>. Por isso as

<sup>118</sup> **Art. 130.** Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>119</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 76.

<sup>120</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: Um enfoque comparativo**. Ob. Cit., p. 41.

<sup>121</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. Ob. Cit., p. 55/56.

<sup>122</sup> A crítica é apresentada por DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 76.

<sup>123</sup> A expressão em referência é apresentada por CADIET, Loïc. **Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès**. Ob. Cit., p. 89.

<sup>124</sup> CADIET, Loïc. **Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès**. Ob. Cit., p. 90.

<sup>125</sup> VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Quelques Réflexions sur um Principe Émergent : la Loyauté Procédurale**. In Mélanges en l’Honneur de Serge Guinchard. « Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l’humanisme processuel. » Paris : Dalloz, 2010. p. 419.

partes têm o dever de apresentar todas as suas argumentações e meios de prova no curso da fase de instrução.

### 2.5.2. O novo horizonte: o processo cooperativo

O processo cooperativo se caracteriza pelo “redimensionamento do princípio do contraditório”<sup>126</sup>. Isto porque o processo cooperativo é aquele que atrai o juiz para o seio da relação processual, de forma ativa, e não apenas como espectador da relação processual comandada pelas partes. O princípio do contraditório assume um papel crucial e indispensável, superando a concepção formal de uma regra a ser cumprida<sup>127</sup>.

Nesse modelo o juiz se insere na relação processual, mas não exatamente no modo inquisitorial. Isso porque o juiz não se coloca acima das partes, mas ao lado delas<sup>128</sup>.

O formato cooperativo do processo tem por premissa o dever do Estado na prestação jurisdicional, como um serviço que visa a organização da sociedade. Exatamente por isso, a prestação jurisdicional tem um papel diferenciado, repensado, no qual se encontra no mesmo patamar das partes na condução do processo e de forma assimétrica no momento de proferir a decisão do processo<sup>129</sup>.

Destarte, “essa dupla posição do juiz (...) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo”<sup>130</sup>.

Assim, o juiz aproxima-se das partes no desenvolvimento do processo, mas delas se afasta no momento de decisão, quando atua sozinho. Este modelo processual se encontra de acordo com a cláusula do processo devido. É preciso, então avaliar a eficácia deste princípio.

A sua primeira atuação é direta, na medida em que impõe deveres aos sujeitos processuais. Didier Jr.<sup>131</sup> afirma que esta eficácia é independente de existência de norma expressa que disponha sobre os comportamentos específicos a serem adotados pelos sujeitos. Assim, o comportamento do sujeito só é devido e estiver voltado à obtenção de uma prestação jurisdicional leal. Por isso, continua o mesmo autor, é possível dividir os deveres em de “esclarecimento, lealdade e proteção”, que podem ser exemplificados com o dever de coerência da petição inicial (art. 295, I, parágrafo único do CPC), a vedação à litigância de

---

<sup>126</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Ob. Cit., p. 77.

<sup>127</sup> Ob. Cit., p. 77.

<sup>128</sup> Ob. Cit., p. 77.

<sup>129</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

<sup>130</sup> Ob. Cit. p. 102.

<sup>131</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 79.

má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) e a responsabilidade objetiva do exequente (art. 475-O, I do CPC)<sup>132</sup>.

Estes deveres podem ser igualmente considerados em face do magistrado que, na condição de sujeito processual, também tem obrigação de observar a cooperação. Há, por exemplo, o dever de esclarecimento e fundamentação das decisões judiciais, tanto no aspecto endoprocessual, quanto no aspecto extraprocessual.

Há, ainda, mais um dever: o dever de consulta<sup>133</sup>. Decorre do dever de informação e esclarecimento. Assim, acaso pretenda o órgão jurisdicional reconhecer alguma questão de fato ou questão de direito não suscitada pelas partes, deverá consultá-las anteriormente para que sobre ela se manifestem.

Por isso afirmar-se que o princípio da cooperação anda de mãos dadas com o princípio do contraditório. Didier Jr.<sup>134</sup> aponta que o princípio da cooperação transforma o processo em uma “comunidade de trabalho”, como pretendeu o direito processual italiano.

O autor das grandes reformas do processo francês, Jean-Claude Magendie<sup>135</sup>, esclarece que o processo deve se desenvolver com lealdade entre as partes. Ressalta que, conquanto não haja, no direito processual francês, um princípio expresso no código, há de se considerar a presença deste princípio, com base nas disposições preliminares do código que prevê o dever de praticar unicamente atos legalmente admissíveis.

## 2.6. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Ainda dentre as regras processuais formadoras do complexo conceito de devido processo legal, está prevista a duração razoável do processo, modernamente conhecida como “o direito a um processo sem dilações indevidas”. Assim, mais do que um processo que pugne pela igualdade entre os litigantes, proporcionada por um juiz imparcial, e pela capacidade de

<sup>132</sup> A divisão dos poderes com as respectivas exemplificações são apresentadas por DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 79.

<sup>133</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 80.

<sup>134</sup> Ob. Cit., p. 82.

<sup>135</sup> Eis a passagem nas palavras do autor: “La loyauté est indispensable au déroulement de la procédure. Il n'existe pourtant pas de principe directeur de loyauté expressément visé dans le nouveau Code de procédure civile. Certains auteurs considèrent cependant qu'un réel principe de loyauté existe et se dégage des dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile. Ce principe découle, notamment, de l'obligation de ne pratiquer que des mesures « légalement admissibles », de communiquer les pièces en temps utile». In **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. La documentation Française, 2004. p. 41. Em tradução livre da autora: “A lealdade é indispensável ao desenvolvimento do procedimento. Não existe, portanto, princípio diretor de lealdade expressamente previsto do novo código de processo civil. Alguns autores consideram, entretanto, que um verdadeiro princípio de lealdade existe e é subtraído das disposições preliminares do no Código de processo civil. Este princípio decorre, notadamente, da obrigação de não praticar senão medidas “legalmente admissíveis”, de comunicar as petições em tempo útil.”

ambas as partes de pronunciar-se nos autos, é necessário que o processo não perdure indefinidamente no tempo. É preciso que o processo dure apenas e tão-somente por tempo razoável.

Didier Jr.<sup>136</sup> informa que o referido princípio tem o seu berço na Convenção Americana de Direitos Humanos, que previu, como direito de todos, a duração do processo “dentro de um prazo razoável”.

A doutrina processual francesa também é adepta desta visão ampla do devido processo legal, vinculada a outras questões processuais. Ressalta Cadiet<sup>137</sup>, claramente, que o processo sem dilações indevidas é decorrente de um processo devido. O seu entendimento encontra respaldo em uma decisão da Corte de Strasbourg, no processo Dulaurans contra França, de 21 de março de 2000, no qual a Corte esclareceu que o direito ao devido processo legal engloba, entre outros, o direito de ser ouvido e julgado em um prazo razoável. Não basta dar acesso à jurisdição; é preciso conferir ao jurisdicionado um acesso efetivo, com eliminação dos obstáculos injustificados<sup>138</sup>.

Magendie<sup>139</sup>, responsável por dirigir duas das reformas processuais francesas, informa que a celeridade não é senão um dos elementos que favorece uma prestação jurisdicional de qualidade; desta forma, não é um valor em si mesma, haja vista que o processo e seu processamento demandam tempo. É este tempo que deve estar adstrito ao necessário. É dizer: o que interessa não é o cômputo matemático de quanto durou um processo, mas como e para que as partes fizeram uso desse tempo.

O direito à entrega da prestação jurisdicional no tempo devido, segundo a corte europeia e a jurisprudência francesa deve levar em consideração a natureza do feito, o seu grau de complexidade, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos judiciários<sup>140</sup>.

No direito processual francês, Van Compernelle<sup>141</sup> menciona que o código judiciário não apresenta nenhum recurso específico para a hipótese de retardamento

<sup>136</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 57. O texto mencionado é o item 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, cuja previsão integral segue transcrita: “Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazorazoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer apuração penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>137</sup> CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure**. Ob. Cit.

<sup>138</sup> BRUNET, Andrée. **Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la cour de cassation**. In « Justice et droits fondamentaux ». Études offertes à J. Normand. Paris: Litec, 2008. p. 52.

<sup>139</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 19.

<sup>140</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. P. 82/83.

processual indevido. Há, todavia, no art. 1140, 4º do código judiciário um recurso específico para o caso de denegação de justiça. O desrespeito ao prazo razoável significaria denegação de justiça e, portanto, permitiria o uso deste remédio?

O art. 4º do Código judiciário francês explica que há denegação de justiça quando o juiz se recusa a julgar, sob qualquer pretexto que seja, mesmo que seja um pretexto baseado na lei: o seu silêncio, a sua insuficiência ou a obscuridade. A ausência de julgamento em um prazo razoável, não se encaixa nesse conceito e, assim, há apenas a possibilidade da parte demonstrar irrisignação, sem possibilidade de recurso específico<sup>142</sup>.

Como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil internalizou o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. Até então, tratava-se de princípio corolário do devido processo legal.

Entretanto, no direito processual brasileiro não há mais espaço para imaginar o direito ao um processo em um prazo razoável como parte do devido processo legal<sup>143</sup>. É direito fundamental processual autônomo, que merece ser estudado em item próprio.

Era, portanto, princípio corolário do devido processo legal – porque é devido o processo que se desenvolva sem dilações indevidas –, ainda sem texto normativo expresso. A previsão própria na constituição foi inserida com a Emenda Constitucional 45 de 2004, responsável por acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Este princípio guarda também relação direta com a adequação. Porque pensar o tempo do processo implica observar qual o tempo necessário em face daquela demanda concreta posta; ou seja, é devido o tempo do processo que, atento ao direito material posto em litígio não extrapola a necessidade específica do processo.

Dizer o tempo devido – para que o processo seja devido – compõe conceito extremamente genérico, razão pela qual deve-se considerar as especificidades do caso

---

<sup>141</sup> VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Le Droit D’Être Jugé dans un Délai Raisonnable: Les Effectivités d’un Droit Processual Autonome**. In « Justice et droits fondamentaux ». Études offertes à J. Normand. Paris: Litec, 2008.

<sup>142</sup> O autor francês apresenta o julgamento do corte de cassação (publicado na Rev. Gén.. Dr. Civ. Belge, 2002, p. 548) exatamente no sentido de negar a possibilidade de recurso em tais casos, porque a mera ausência de prazo não implica denegação de justiça. VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Le Droit D’Être Jugé dans un Délai Raisonnable: Les Effectivités d’un Droit Processual Autonome**. Ob. Cit.

<sup>143</sup> Nesse sentido, DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Ob. Cit., p. 57.

concreto, como forma de aferir a ocorrência ou não de uma dilação efetivamente indevida da marcha processual<sup>144</sup>.

Lúcido o pensamento do mestre Didier Jr. ao afirmar que o processo não há de ser célere, e sim no seu tempo devido, ou seja, “deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”<sup>145</sup>. Para que haja celeridade e qualidade é imperioso que o processo não contemple simplesmente um tempo curto de duração, mas um tempo concreto e sob medida à causa litigiosa<sup>146</sup>.

A importância deste princípio fundamental se materializa quando, diante do caso concreto, o magistrado possui diversos mecanismos processuais possíveis. Em geral, cumpre-lhes optar por aquele que produza a maior celeridade processual, a fim de possibilitar o advento efetivo da prestação jurisdicional.

Em outros casos, a adoção deste princípio, e, assim, a opção do juiz em tais hipóteses, poderá configurar verdadeiro atentado a outros direitos fundamentais. A pressa pode se demonstrar como verdadeira inimiga da perfeição; por outro lado, poderá sê-lo a lentidão. A conclusão lógica disso é o princípio que analisamos logo acima: a adequação, *in casu*, a adequação do procedimento ao seu tempo.

É dizer: há um devido processo legal quando formal e materialmente, a marcha processual se deu em observância aos direitos fundamentais, dentre os quais se observa o respeito ao tempo devido do processo.

Assim, a compreensão do processo no tempo certo deve estar ligada à qualidade da entrega do serviço público judiciário. A associação do tempo à qualidade de um serviço é bem visível no processo francofônico. No direito processual francês, o art. 648 do código de organização judiciária prevê que o juiz que negligencia de julgar por mais de seis meses permite que o procurador geral, junto à Corte de Apelação pode requerer o seu desligamento pela Corte de Cassação<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Neste sentido, assim se preceitua a STC 133/1988 (Supremo Tribunal Constitucional Espanhol): “[...] La razonabilidad de la duración del proceso debe tener en cuenta la especificidad del caso concreto y ponerse en relación con la correspondiente decisión del órgano jurisdiccional respecto a la cual se predica el excesivo retraso constitutivo de una dilación indebida.” Trecho citado por BARTOLOME, Placido Fernandez –Viagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Ob. Cit., p. 37.

<sup>145</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Ob. Cit., p. 59.

<sup>146</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 22.

<sup>147</sup> VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Le Droit D’Être Jugé dans un Délai Reasonnable: Les Effectivités d’un Droit Processual Autonome**. Ob. Cit., p. 479.

Aliado a esta previsão encontra-se o art. L. 781-1<sup>148</sup> do mesmo código de organização judiciária, cuja previsão contém a possibilidade de responsabilização do Estado pela denegação de justiça. Daí advieram interpretações distintas. Algumas importantes decisões se posicionaram no sentido de que a ausência de concessão da decisão em um prazo razoável significa denegação de justiça. A corte de cassação decidiu ser falta grave toda deficiência caracterizada por um fato ou uma série de fatos que traduzam a verdadeira inaptidão do serviço público a cumprir a missão na qual está investido<sup>149</sup>.

O processo francês tem por finalidade, portanto, que o tempo seja adequado ao direito material: nem muito longo, nem muito curto. Não pode, nessa esteira, afastar da premissa de que o processo rápido, por si só, arrisca violar os direitos fundamentais processuais dos jurisdicionados. Por isso, a aplicação da celeridade deve estar atenta ao cumprimento das demais garantias processuais das partes<sup>150</sup>. O tempo razoável é o tempo adequado à necessidade de cada processo.

---

<sup>148</sup> A redação original do artigo segue transcrita e livremente traduzida pela autora: “L’Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n’est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.» « O Estado tem o dever de reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça. Essa responsabilidade apenas se aplica quando houver falta grave ou denegação de justiça.”

<sup>149</sup> VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Le Droit D’Être Jugé dans un Délai Raisonnable: Les Effectivités d’un Droit Processual Autonome**. Ob. Cit., p. 481.

<sup>150</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 18.

### 3 O GERENCIAMENTO PROCESSUAL FRANCÊS

#### 3.1. A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO FRANCÊS

Como ventilado nas linhas introdutórias, o estudo do momento histórico da reforma processual francesa é relevante, na medida em que os anseios processuais correspondem, parcialmente, àqueles que rondam o processo brasileiro.

Em verdade, não é possível o estudo da contratualização do processo afastado de uma análise panorâmica das reformas que rondavam todo o sistema jurídico francês. Isso porque o direito processual responde a uma mudança de regulação da sociedade, com a diminuição do sistema piramidal; no lugar de uma decisão unilateral concebida em uma relação vertical, passa-se a dar preferência à norma negociada, contratual, decorrente de uma relação horizontal.

Isso significa que a imposição normativa, advinda de um terceiro, sujeito central e distante dos jurisdicionados, dá lugar à regulação das relações pelos próprios destinatários do direito. A contratualização do direito, antes mesmo de atingir o processo, foi uma tendência social de autorregulamentação, em resposta à norma imposta pelo Estado.<sup>151</sup>

Sandrine Chassagnard-Pinet e David Hiez<sup>152</sup> apresentam o dado histórico de que a regra de direito imposta por ato de autoridade passa a sofrer a concorrência de uma norma produzida a partir de um consenso, no sentido de que o jurisdicionado passa a conferir maior importância à solução negociada do litígio e à regulamentação da sua relação jurídica de maneira direta, preferindo-a sobre a solução imposta por um terceiro. Por isso dizer-se que o direito passa a ser contratualizado. A norma produzida e imposta pelo Estado passa a enfrentar concorrência da norma produzida pelos componentes da relação jurídica.

É nesse contexto que o contrato, como norma que gera obrigações livremente assumidas e consentidas, por aqueles que a ele se submetem, se opõe à lei, que insere o indivíduo em algum status determinado. A norma definida pelos seus destinatários ganha relevo na sociedade e, aos poucos, a importância outrora destinada à norma imposta pelo terceiro – o Estado.

---

<sup>151</sup> CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David, **Le Système Juridique Français à l'ère de La contractualisation**. Ob. Cit. P. 03. Nas palavras dos autores : « La régulation de la société connaît une profonde mutation caractérisée par un recul du système pyramidal au profit d'un système en réseau. ». Em tradução livre da autora : “A regulação da sociedade conhece uma profunda mutação, caracterizada por um encolhimento do sistema piramidal em benefício de um sistema em rede”.

<sup>152</sup> Ob. Cit. P. 03.

Nessa esteira, a afirmação de contratualização da sociedade significa que uma parte das relações cuja regulação é imposta é retraída em favor da regulação consentida das relações<sup>153</sup>. Na verdade, a contratualização da produção normativa corresponde, antes de tudo, a uma reação ao modelo intervencionista do Estado, uma vez que a regra não deveria sempre ser imposta do exterior, mas definida pelos seus destinatários<sup>154</sup>.

A relevância do contrato deve-se ao fato de que ele se mostra como a melhor forma de normatizar as relações, exatamente porque advém dos destinatários, que são os maiores interessados na efetividade das medidas por eles pretendidas. Assim, a contratualização se traduz na passagem das fontes heterônomas para as fontes autônomas<sup>155</sup>. Esse movimento fez com que o contrato fosse encarado como um instrumento de modernização da gestão pública.

A sua característica de advir dos destinatários como uma forma de autorregulação fez, ainda, com que, tradicionalmente, houvesse o entendimento firmado de que a contratualização espousava uma ideologia liberal.

Cadiet<sup>156</sup> relembra que, inicialmente, o contrato era concebido apenas como um acordo entre particulares. A evolução do instituto passou a abranger também as relações coletivas e se institucionaliza quando passa a requerer um conjunto de advogados e a fazer uso dos cartórios públicos.

O desenvolvimento da relação contratual tem esteio no contrato enquanto um instituto que permite uma liberdade maior na fixação das regras que regerão as relações sociais. A celebração é feita por aqueles se sentem livres para a estipulação flexível e igualitária das normas às quais estarão implicados.

A contratualização pode ser criticada, relembra Pascal Lokiec<sup>157</sup>, mas apenas em nome de uma visão estatal do direito. O modelo do estado social é a antítese do modelo de contratualização, daí que afirmam, como mencionado linhas atrás, que este modelo é decorrência de um estado liberal, mesmo porque o contrato é uma figura emblemática do exercício da liberdade – haja vista que se baseia na autonomia da vontade.

---

<sup>153</sup> SUPIOT, Alain. **La Contratualisation de la Société**. In MICHAUX, Yves (éd). *Qu'est-ce que l'humain*. V. 2. Paris : Ed. Odile Jacob, 2000, p. 156. No original, temos as seguintes palavras : « Dire que La société contractualise, c'est dire que la part de liens prescrits y regresse au profit des liens consentis. »

<sup>154</sup> LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 95.

<sup>155</sup> O dado é apontado pela doutrina, que insiste que este movimento se espalhou pelo direito. LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural**. Ob. Cit., p. 95.

<sup>156</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...**. In *Mélanges Jean-Bufferet – La Procédure en tous ses états*. Paris : Petites Afiches, 2004. p. 109.

<sup>157</sup> In **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural**. Ob. Cit. p. 96.

Lokiec<sup>158</sup>, seguindo a evolução da intervenção do contrato no direito, explica que, passado o modelo social e o modelo liberal, atinge-se um terceiro modelo, como uma via alternativa, que pode ser analisado como um compromisso entre os dois modelos precedentes.

O terceiro modelo, se não repousa na ideia de regulamentação, não implica renúncia do direito sob o prisma da ação. Os indivíduos não são informados sobre o que devem fazer, mas como devem fazer. Exatamente aí, os indivíduos devem fazer ou se comportar de acordo com certa liberdade, que pressupõe a possibilidade de negociações entre eles.

Chassagnard-Pinet e Hiez<sup>159</sup> relembram que, desde então, vislumbrava-se o risco das figuras contratuais se multiplicarem nos diferentes campos do sistema jurídico francês e, conseqüentemente, uma passagem do sistema de apenas lei para apenas o contrato. A preocupação com excesso de liberdade repousa na característica sedutora da possibilidade conferida às partes: regularem, sozinhas, as suas relações.

Apesar de válida a preocupação apresentada, a reação foi diversa. Em verdade, a produção normativa passa a ser caracterizada por uma interpenetração das fontes autônomas e heterônomas do direito, ambas concebidas para um mesmo objetivo: regular as relações sociais. As duas fontes legítimas de direito passam a conviver, e este é ponto crucial para a aceitação da contratualização do direito.

Assim, o direito francês não fora invadido propriamente por uma ideologia de contratualização, mas por um movimento natural do próprio contrato, nos domínios da vida social, tradicionalmente submissos às regras imperativas e decisões unilaterais.

O movimento de contratualização apareceu como uma integração das fontes do direito, que, nesses casos, não se deve ao acaso, mas ao fato de que as normas impostas e as decisões unilaterais ficam alheias às vontades privadas, o que torna necessária a abertura de novos espaços jurídicos.

O contrato passa a ocupar, assim, novos territórios, que não eram suficientemente atendidos<sup>160</sup>, porque a imposição de norma – geral ou específica – não atendia à necessidade do jurisdicionado.

---

<sup>158</sup> Nos termos da sua menção original, temos que: “Cette troisième voie peut être analysée comme un compromis entre ces deux modèles car, si elle ne repose pas sur l’idée de réglementation, elle n’emporte pas pour autant un renoncement à l’emprise du droit sur le contenu de l’action. Cette emprise s’opère, de manière originale, en dictant aux individus non pas ‘ce qu’il faut faire’ mais ‘comment il faut faire’.” **Contractualization et recherche d’une légitimité procédural**. Ob. Cit. p. 97.

<sup>159</sup> Ob. Cit. p. 04.

<sup>160</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 171.

Nestes termos, podemos concluir que a contratualização da sociedade se caracteriza por um emprego renovado do contrato, que assume, muito além da sua função regular de troca tradicionalmente desenvolvida, uma função normativa.

Cadiet<sup>161</sup> compreende que o movimento de contratualização não é necessariamente um sinal de um desaparecimento da submissão do indivíduo a uma autoridade, mas é um sintoma de explosão de lugares de exercício de poder, de novas verticalidades tomando corpo, de forma mais difusa.

### 3.2 A CONTRATUALIZAÇÃO E O PROCESSO: O GERENCIAMENTO PROCESSUAL FRANCÊS

Como decorrência do movimento de contratualização, o gerenciamento processual implica a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, para que o processo deixe de ser a “coisa das partes”<sup>162</sup> – à sua disposição – e passe ao controle daquele que tem o dever de prestar o bom serviço público: o juiz, na prestação jurisdicional.

Não se afasta da ideia de que as partes permanecerão presentes no ajuste processual. A distinção, aqui, reside no fato de que o juiz é atraído para a condução deste ajuste, gerindo esta relação.

Assim, o gerenciamento ou contratualização do processo, tratando-se de verdadeiro ajuste das partes no processo, implicará inegavelmente obter duas declarações de vontade: uma de cada parte. Assemelha-se, portanto, a um contrato privado, mas com a participação ativa do juiz – afinal, o processo não deixa de ser a entrega de um serviço público. A declaração dos litigantes, nesse caso, é idêntica entre uma e outra parte, razão pela qual, em que pese partam de premissa similar – a comunhão de vontades em estabelecer, conjuntamente, uma consequência jurídica – não se confundem o contrato privado com a contratualização do processo.

Uma primeira distinção que se pode assinalar sobre o tema ora estudado e aquele dos contratos privados refere-se ao fato de que, no contrato processual, o ato é constituído, sim, de duas declarações de vontade. Entretanto, por serem coincidentes as vontades, o ato no

---

<sup>161</sup> CADJET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 181.

<sup>162</sup> Em afirmação similar encontramos a menção no texto de ANDRADE, Érico. **As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo**. RePro 193. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 176. Eis os termos do texto original: “A concepção de ‘gerenciamento’ processual preconiza a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, para que o direcionamento da sua marcha não fique à mercê das partes e, ainda, para permitir ao juiz a adaptação do procedimento ao caso concreto.”

qual são fundidas as declarações para formar a nova entidade processual, que produzirá os efeitos jurídicos almejados, é um ato uno<sup>163</sup>.

Por outro lado, temos que, no contrato privado as declarações sucessivas são dirigidas ao órgão judicial, contemplando vontades distintas e unilaterais<sup>164</sup>.

Daí que, no direito inglês prefere-se a nomenclatura gerenciamento, porque o juiz se torna o gerente do processo e gestor das vontades das partes, aliadas à vontade do próprio órgão jurisdicional. No direito francês, a decorrência destas reformas como reflexos de contratualização do direito levaram a doutrina a valer-se deste nome para indicar o mesmo instituto. Tudo isto porque, no direito francês, as reformas não se resumiram a entregar ao juiz mais poderes na condução do processo, mas, mais que isso, possibilitaram ao juiz que, juntamente com as partes, firmasse as normas de condução do processo, em cooperação.

O movimento de contratualização atingiu, igualmente, o direito processual italiano. Canella<sup>165</sup>, em estudo sobre a contratualização do processo francês, informa que uma das diferenças marcantes entre o procedimento francês e o procedimento italiano, determinante para o sucesso do primeiro, é que, enquanto o segundo encontra-se arraigado em um sistema rígido de preclusão, o processo francofônico confere maiores poderes ao juiz para a adaptação do procedimento.

A possibilidade de adaptação ampla que permeia o direito processual francês é responsável pela formação dos resultados de aceleração do procedimento. Os poderes do juiz na adaptação do procedimento e, inclusive, do sistema de preclusões, são os responsáveis por tornar o procedimento francês uma marcha para a frente.

### 3.2.1 Fundamentos e justificativas

Dado o movimento de contratualização do direito, como um todo, estudado nas linhas precedentes, tem-se que, com o processo, não poderia ser diferente. A inovação que atingia todo o direito público, com a onda de contratualização das relações sociais, também atingiu o serviço público da jurisdição, e, sendo assim, atingiu a sua figura mais preciosa, o processo. O Estado não poderia ficar inerte ao desatendimento de princípios que deveriam ser determinantes no cumprimento desta atividade: a eficiência e a celeridade (duração razoável).

---

<sup>163</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Ob. Cit. p. 92.

<sup>164</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Ob. Cit. p. 90.

<sup>165</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2. p. 550.

O procedimento consiste numa organização de meios cuja combinação destes, no tempo e no espaço, tem a finalidade de elaboração de uma regra: a sentença<sup>166</sup>. Durante toda a evolução do processo houve uma busca pela simplificação do procedimento que permitisse a aceleração da relação processual, a fim de permitir a satisfação das exigências da lei e da boa entrega de prestação jurisdicional<sup>167</sup>.

O resultado da contratualização do processo importou na “proceduralização”<sup>168</sup>. Esta é a nomenclatura que encontramos na doutrina para este fenômeno: proceduralização, que consiste na ascensão dos princípios de processo, no direito francês, para onde a contratualização é analisada como a extensão dos princípios contratuais.

Pode-se dizer que a contratualização e o procedimento possuem uma ligação quase sistemática, dado que a contratualização consiste em um modo alternativo de produção de uma norma. O processo, por sua vez, tem a finalidade de produção de uma norma, a sentença.

Podemos encontrar, na visão de Pascal Lokiec<sup>169</sup>, virtudes da contratualização, que enumera o autor em duas: primeiramente, o contrato coloca em adequação a criação e a aplicação da normas em face dos contratantes, em contraste com a norma imposta, que, pela sua definição, não é produzida por quem as aplica; em segundo lugar, o contrato permite a contextualização da norma produzida, oposto à norma heterônoma, que é produzida e aplicada fora de contexto.

Vistas essas premissas, tem-se que a contratualização dos litígios na França não era uma novidade, afinal, vinham crescendo as soluções convencionadas dos litígios de massa (como ocorrem nas demandas que versam sobre direitos ligados a contratos de seguro<sup>170</sup>). Ou seja, já havia, no direito processual francês, a prática de contratualização, até então limitada às demandas que versavam sobre contratos de seguro.

O termo contratualização do processo, mais que à forma, refere-se ao envio do feito ao procedimento contratual<sup>171</sup>. A racionalidade que subtrai da contratualização – encarregada de fazer valer a os interesses das partes presentes – explica a atração deste modo de decidir e a legitimidade onde se respalda a norma.

<sup>166</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles....** Ob. Cit. P. 107.

<sup>167</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité.** Ob. Cit., p. 75.

<sup>168</sup> A nomenclatura é encontrada no texto de LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural.** Ob. Cit. P. 96.

<sup>169</sup> LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural.** Ob. Cit. P. 101.

<sup>170</sup> O exemplo é fornecido por CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”.** Ob. Cit. P. 171.

<sup>171</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”.** Ob. Cit. P. 176.

O direito francês carecia de uma importante mudança: dar maior ênfase à fase de negociações no processo<sup>172</sup>. Porque sem uma fase conciliatória não há como dar corpo à ideia de contratualização do processo. Importa esclarecer que se diz “contratualizar”, na França, porque não se limita a dar poderes ao juiz para o direcionamento – gerenciamento – do processo, mas a uma aproximação do juiz com as partes, com o fito de que, com cooperação, solucionem sobre os atos de procedimento. Note-se que o conceito de contratualizar o processo é diverso daquele de apenas gerenciá-lo. O juiz se aproxima das partes. A cooperação que emana da ideologia de contratualização implica alargar a possibilidade de conciliação.

Isso porque as partes deveriam conciliar, ao menos, no que concerne à tomada de uma decisão: a decisão de contratar entre si. Esta deliberação deveria advir das próprias partes.

Deve-se ao fato de que a existência de um litígio material entre as partes não é suficiente para impedir que elas consigam manejar um meio de regulamentar também o andamento do processo<sup>173</sup>. A consciência de que a divergência entre as partes se deve exclusivamente ao direito material é crucial para o sucesso da contratualização do processo.

Veja-se que a lide é o mérito, mas poderá haver concordância sobre o processo. Nada impede. As partes podem, certamente, conciliar sobre o mérito de sua demanda. Mas não é somente a solução material do litígio que pode ser matéria de conciliação; também os diferentes procedimentos, ainda que não sejam necessariamente judiciários, podem ser convencionados, pois permitem igualmente atingir a solução do litígio, ou seja, a solução judiciária sobre o litígio<sup>174</sup>.

Disso subtrai-se que a contratualização do modo de regulamentação dos litígios envolve não apenas os modos de regulamentação judiciária, mas também os modos de regulamentação extrajudicial. Mais que isso, a filosofia contratual ultrapassa o quadro dos procedimentos para, progressivamente, atingir diretamente a administração da justiça<sup>175</sup>.

No processo judicial, por sua vez, a contratualização se mostrou, assim, como um instrumento de estruturação da relação processual, ou um instrumento de gestão, informa Cadiet<sup>176</sup>. Assim, a utilização da ideologia contratual no processo supõe uma racionalidade no

---

<sup>172</sup> LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural**. Ob. Cit. P. 101.

<sup>173</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit. p. 107.

<sup>174</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 177.

<sup>175</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 173.

<sup>176</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 176.

sentido de assegurar a consideração, nesta relação, do interesse das partes presentes, para o desenvolvimento das formalidades do procedimento.

Por isso que este pensamento impõe duas conclusões distintas: a primeira de que o contrato é estabelecido como base para as relações processuais futuras e, assim, mostra-se como um instrumento de estruturação das relações; a segunda conclusão de que o contrato intervém para regulamentar as relações existentes sem modificar suas estruturas, servindo como um instrumento de gestão. Ou seja: aplica-se tanto para as relações presentes, como para as relações futuras.

Essa dualidade – instrumento de estruturação ou de gestão – permite hesitar sobre a aplicação da contratualização dos modos de regulamentação do litígio. O juiz o fará sempre e de forma adequada onde o contrato se opera, *a priori*, como um instrumento de solução do litígio ou como um instrumento de gestão da instância. Assim, pode ser utilizado para a solução material do litígio ou para a gestão do procedimento utilizado.

Consequentemente, de um lado, os contratos relativos aos litígios são instrumentos de gestão do contencioso – solucionam o conflito de direito material. De outro, tem-se o processo, assim como o contrato, também como uma técnica de organização das pretensões jurídicas dos jurisdicionados. Cadiet<sup>177</sup> afirma, então, que na contratualização há tanto gestão, quanto estruturação, para a regulamentação dos conflitos.

Essa conclusão decorre do fato de que o juiz assume o papel de gestor do processo, com a missão clara de adaptar o procedimento à complexidade da causa, uma vez que, consideradas as características do direito material, o juiz determinará a marcha processual, como “um regente de uma orquestra”. Nessa atividade, o juiz realiza uma avaliação de custo benefício dos atos processuais, sem que, com isso, viole o devido processo legal – as regras do jogo.

A análise do magistrado acerca da ação implicará uma observação prévia das características da demanda, para então definir o seu curso, de forma flexibilizada, realizando adaptação e flexibilização das normas de procedimento, em companhia e com a cooperação das partes. Isso permite concluir que não há violação do devido processo legal: as partes participam da formação das regras do jogo.

As reformas legislativas que possibilitaram o incremento da figura contratual no processo foram diversas<sup>178</sup>. O processo gerencial demanda um trabalho comum das partes, que atuam em conjunto, atendendo à gestão e direção do juiz.

---

<sup>177</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 176.

<sup>178</sup> Ob. Cit. p. 176.

Tradicionalmente, a legalidade do processo era analisada simplesmente sob o prisma material, o que transformava o processo em um conjunto de formas a serem observadas.

O atual procedimento contratual tem a sua legitimidade plasmada em outros parâmetros. Afasta-se da legalidade pura e simples e da observância de normas irreduzíveis (formalidade) e, seguindo esta linha de raciocínio, será legítimo desde que atenda ao contrato que respeite a ordem pública e os bons costumes, que seja a expressão da vontade das partes, mas, sobretudo, que seja adotado segundo um procedimento justo, como resultado de uma deliberação racional.

### **3.2.2 Da legalidade da contratualização do direito e do processo**

A normatização contratual das relações sociais enfrentou, decerto, questionamentos referentes à sua legitimidade. Encontra-se legítima não apenas por conter a vontade das partes, mas porque a contratualização segue um procedimento legal para a sua existência.

Não se pode dizer que qualquer prática é contratualizada. Mas o esteio da legitimidade das ações contratualizadas reside no fato de que estas atitudes decorrem de uma prática enraizada na sociedade, que a admite e respeita como válida – conforme mencionado, a importância da relação contratual e sua invasão no direito foi gradativa. Já restou mencionado que o procedimento contratual não está legitimado pela legalidade pura e simples, como decorrência direta da obediência de normas formais. Nessa esteira, a legitimidade do procedimento paira no atendimento ao contrato que respeite um procedimento conforme os princípios gestores do processo judicial.

O conflito de legalidade é um tema que não abraça apenas o aspecto formal do processo. Deve ser analisado conflito de legalidade procedimental à luz do direito ao devido processo legal.<sup>179</sup>

Inicialmente, na França, em meados do século XIX, sob a ótica do sistema jurídico, a legalidade do procedimento era auxiliar à legalidade material e se encontra em uma relação entre acessório e principal. O processo, por si só, estava desprovido de autonomia, porque servia ao principal: o direito material<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> CADIET, Loïc. *Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*. Paris: 2008. p. 69.

<sup>180</sup> CADIET, Loïc. *Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil*. Ob. Cit. p. 69.

No século XIX esta concepção evoluiu para que se chegasse à conclusão de dissociação entre o direito de ação – e, assim, o direito subjetivo a uma ação em justiça – e o direito substancial subjetivo, responsável por formar a matéria do litígio<sup>181</sup>.

Assim é que o código de processo francês prevê, em seu artigo 30, que a ação na justiça é um direito para o autor de exercer uma pretensão e de ser ouvido sobre o mérito desta, a fim de que o juiz a julgue procedente ou improcedente.

Com a afirmação do direito ao devido processo legal, a relação de legalidade substancial e legalidade procedural se reverteu. Isto porque o direito ao devido processo legal, sendo uma garantia de regularidade procedimental, se torna uma arma para a satisfação dos direitos substanciais; torna-se um critério de avaliação do respeito aos direitos substanciais garantidos ao cidadão. Assim, a legalidade do procedimento tem que ser vista como uma fonte de legalidade do direito material, na sua satisfação em juízo<sup>182</sup>.

Ou seja: para se ter, em juízo a solução legítima do direito material, deve-se ter perseguido um devido processo legal, portanto, processo gerencial, contratual, adaptado às necessidades das características materiais do litígio.

Isto atende ao conflito tradicional entre as necessidades práticas e as exigências jurídicas<sup>183</sup>. Daí releva-se à máxima importância, ao centro da instituição judiciária, a eficiência da prestação desse serviço público. Cadiet<sup>184</sup> sublinha que, por isso, a ideologia concorrencial se infiltra sutilmente na instituição judiciária, difundindo lógicas de gestão, formas de administrar e a forma de definir regras procedimentais mais eficientes.

Não se nega que o devido processo legal é o coração da legalidade do processo. A eficácia não se impõe, assim, como um limite à legalidade, mas como uma forma de organização da justiça devida, sendo aquela que garanta ao jurisdicional uma prestação simples, pronta e efetiva<sup>185</sup>.

Daí a necessária conclusão de que é preciso simplificar as formas procedimentais e limitar as garantias processuais ao estritamente imprescindível.

Compreender o devido processo legal não significa que, para avaliar a qualidade do processo, deva se estar preso às normas do devido processo legal de forma absoluta; não se

---

<sup>181</sup> CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil** Ob. Cit., p. 70

<sup>182</sup> Ob. Cit., p. 71.

<sup>183</sup> Ob. Cit., p. 73.

<sup>184</sup> Ob. Cit., p. 74

<sup>185</sup> Ob. Cit., p. 75.

pode conceber o devido processo legal como um composto de exigências por si só, olvidando os demais direitos processuais fundamentais<sup>186</sup>.

Não se pode conceber o devido processo legal se não exercido dentro dos limites de todas as fontes ligadas à instituição judiciária. Assim, o processo tem qualidade ao se desenvolver não apenas conforme o princípio do devido processo legal, mas também de acordo com o princípio da efetividade. A qualidade do processo não está presa ao atendimento de um único princípio, qualquer que seja ele. Mas deve atender todos os princípios fundamentais do processo, exatamente porque a qualidade do procedimento jurisdicional é o que favorece à qualidade da decisão jurisdicional que lhe segue<sup>187</sup>.

Por isso, contratualizar o processo francês, por meio das reformas que falaremos a seguir, significou tentar ofertar para o jurisdicionado um processo que reunisse essas duas características<sup>188</sup>. Em outras palavras, as reformas estavam voltadas a atender a estes dois princípios e estas duas demandas do processo: efetividade e qualidade.

Nesse contexto, a doutrina percebeu a necessidade de ser pesquisada a norma processual. A norma de processo deve ter qualidade suficiente a ensejar uma regra que permita um processo de qualidade para o jurisdicionado<sup>189</sup>.

### 3.2.3 Evolução histórica

A concepção de legalidade baseada no processo enquanto um conjunto de formas que devem ser observadas impregnou o código de processo civil francês de 1806<sup>190</sup>, cuja redação estava presa a formalidades inúteis do regime então vigente.

Julien e Fricero<sup>191</sup> relatam que, no início do século XIX, quando vigiam na França as codificações napoleônicas, estava estabelecido o entendimento de que o processo penal era inquisitivo e o processo civil, por sua vez, acusatório. O código era influenciado pela redação do código civil napoleônico, originado em 1804, cujas ideologias informadoras eram o individualismo e o liberalismo<sup>192</sup>. Este entendimento não significa olvidar que ambos tinham

<sup>186</sup> CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil**. Ob. Cit., p. 75.

<sup>187</sup> CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure**. Ob. Cit.

<sup>188</sup> CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil**. Ob. Cit., p. 77.

<sup>189</sup> CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure**. Ob. Cit.

<sup>190</sup> O dado histórico é apresentado por CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil**. Ob. Cit., p. 58

<sup>191</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. 3a edição. Paris: LGDJ, 2009. p. 178.

<sup>192</sup> CADIET, Loïc. **Judicial Case Management In France – Tradition Into Modernity. About some aspects of contemporary tendencies in French civil procedure**. Palestra no Congresso: *Towards a Chinese Civil*

influências dos dois sistemas. Mas a divisão de características entre os modelos processuais era uma compreensão assente.

Assim, desde o código de 1806, informado pelo entendimento de legalidade procedimental presa à forma, e durante mais de um século que o seguiu, o processo civil era criticado, ao argumento de que estava estruturado para permitir manobras dilatórias das partes, contribuindo para um retardamento do procedimento judicial. O conselheiro de Estado<sup>193</sup> responsável por fazer a apresentação do código de processo civil frisou que se elevava uma crença violenta de que havia uma complicação das formas, o que implicava a necessidade de destruí-las; assim, toda a reforma foi prevista para permitir um processo mais simples, mais curto e menos dispendioso. Era preciso abolir todas as formalidades inúteis.

O juiz, de acordo com este diploma processual, não tinha poderes para a condução da instância; os seus poderes estavam limitados a intervir para responder às solicitações das partes<sup>194</sup>. Este modo de estruturação do processo fortalecia a figura do demandado poderoso e hábil, em detrimento de um demandante enfraquecido.

Para atender ao anseio de mudança deste entendimento, que permeava o século XX, surgiu a ideia de concepção do processo civil diverso de uma simples ocorrência prática, mas verdadeiro direito fundamental compondo a ordem jurídica<sup>195</sup>. O processo civil ganhava relevo enquanto instrumento de satisfação de direitos fundamentais e afastado da ideia de um simples instrumento prático das partes.

A nova ideologia implicava a revisão da ideia de legalidade. Isso porque, a partir da definição corrente de legalidade como conformidade à lei – o que deve ser compreendido

*Code: Historical and Comparative Perspective*, Hong Kong, 23 de outubro de 2010, em fase de publicação. Texto disponibilizado pelo autor. O trecho original merece transcrição: “At the beginning of the nineteenth century, the accusatory conception of civil procedure, established in the Napoleonic Code of Civil Procedure of 1806, was in accordance with the liberal and individualistic philosophy of the 1804 Civil Code and, at the end of the century, the most famous French book of civil law, known as the *Traité de droit civil d’Aubry et Rau*, distinguished between ‘theoretical civil law’ (*droit civil théorique*) and ‘practical civil law’ (*droit civil pratique*), this second part dealing with action, proof, *res judicata* and prescription.”

<sup>193</sup> TREILHARD, Jean-Baptiste. **Exposé des motifs des livres 1er et 2e de la première partie du Projet de Code de procédure civile, présentés au Corps législatif**. In *Code de Procédure Civile*. Paris: N.Renaudière, 1806. p. 2/3. Eis os termos originais: “De toutes parts s’élève un cri violent contre la complication des forms: eh! sans doute, il faut que les forms soient simples; mais pour simplifier les forms, gardons-nous bien de les détruire. (...) Tout a été prévu pour rendre la procédure plus simple, plus courte et moins dispendieuse; toute formalité inutile a été abolie et toute procédure superflue supprimée”, que pode ser traduzido como : « De todas as partes se eleva uma crença violenta contra a complicação das formas : é ! sem dúvida, é necessário que as formas sejam simples ; mas para simplificar as formas, tenhamos cuidado ao destruí-las. (...) Tudo foi previsto para deixar o processo mais simples, mais curto e mesmo dispendioso ; toda formalidade inútil foi abolida e todo procedimento supérfluo suprimido. » - tradução livre da autora.

<sup>194</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 401.

<sup>195</sup> CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil**, Ob. Cit . p. 58. O trecho original está escrito da seguinte forma: “Il faut atteindre le XXe siècle pour que, (...) apparaisse l’idée que la procédure civile est autre chose qu’une pratique, mais un droit véritable, participant des fondements de l’ordre juridique (...)”

como um estado (estar conforme a lei) e não como um dever ser – a validade de procedimento encontra um princípio tradicional do direito, o próprio princípio da legalidade. Este princípio, aplicado ao processo, impõe o respeito às normas procedimentais, e a legalidade procedimental aparece composta e hierarquizada<sup>196</sup>. O processo legal, à época, era o processo que atendessem aos comandos da lei.

Foi por esta razão, e para que nenhum princípio ficasse olvidado, que um decreto lei de 30 de outubro de 1935 criou a figura de um novo magistrado, então chamado de juiz ou conselheiro encarregado de acompanhar a instrução e o procedimento. A este novo juiz incumbia intervir na instrução do litígio, não apenas ao nível do tribunal cível, mas também na corte de apelação. Para tanto, a estes juízes foram conferidos poderes de intervenção na marcha processual, poderes estes ainda tímidos e não propriamente especificados.

### 3.2.3.1 As grandes reformas dos anos 60

A alteração legislativa de 1935 não demonstrou grande sucesso de imediato, na medida em que este magistrado se tornou, verdadeiramente, símbolo do fracasso. Explico. A figura introduzida por esta lei foi mal colhida pela prática judiciária, impregnada por um vezo secular – o formato anteriormente conhecido já era utilizado há mais de 130 anos – e os aplicadores se mostraram hostis à implementação desta nova realidade. Além disso, à falta de meios materiais, o juiz não poderia exercer corretamente suas novas funções.

A reforma de 1965 tinha, nesse contexto, a finalidade de conferir ao juiz um papel mais ativo no desenvolvimento do processo<sup>197</sup>, dando materialidade à tentativa anterior.

Exatamente por isso que, passados mais trinta anos, mais precisamente em 13 de outubro de 1965, o Decreto n. 65-872 criou um novo magistrado, agora chamado de magistrado de *mise en état*, que ultrapassava a missão de mero inquisitor ou interveniente do processo, da qual esteve encarregado o seu antecessor.

Na sua criação, o magistrado de *mise en état* surgiu caracterizado por dois fatores principais: a fixação dos prazos processuais e o poder de encerrar a instrução. A realidade demonstrou a importância desta figura; assim, ao final de muitas reformas, este magistrado não se manteve limitado a esses dois poderes: nasce uma cláusula aberta para a sua atuação<sup>198</sup>,

---

<sup>196</sup> CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil**, Ob. Cit. P. 58

<sup>197</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Paris: Dalloz, 2010. p. 237.

<sup>198</sup> Ob. Cit., p. 238.

na medida em que os seus poderes foram ampliados e diversificados, sendo o magistrado responsável pelo bom desenvolvimento da instância.

Os poderes deste magistrado, atualmente, encontram-se elencados entre os artigos 763 a 770 do código de processo civil francês – trataremos detalhadamente destes poderes mais adiante. Dentre eles, destaco, por ora, o conteúdo do artigo 763, que determina expressamente que o magistrado tem a missão de zelar pelo desenvolvimento leal do processo, a pontualidade da apresentação das petições, a comunicação das peças, bem assim o poder de ouvir os advogados e as partes, sempre autorizados a realizar notificações nesses sentidos.

Visto isso, tem-se que, inicialmente, quando da sua criação, as funções deste novo juiz estavam limitadas ao tribunal de grande instância e corte de apelação, o que fez a doutrina acreditar que seriam as jurisdições-piloto ou, melhor ainda, cobaias<sup>199</sup>.

Progressivamente, o campo de aplicação das novas normas reformadoras se estendeu. Porque, nos espaços em que não havia aplicação do novo diploma, aplicava-se a legislação anterior e havia a carência pela ampliação das novas concepções.

O juiz criado em 1965 – mais especificamente com o Decreto 65-872 – não se limitou a acompanhar o procedimento, como o seu antecessor. Fora criado o magistrado de *mise en état* (que será detalhadamente analisado a seguir), cuja atuação era claramente mais inquisitiva, ainda que limitada a algumas jurisdições.

A ampliação dos poderes de instrução deste magistrado, logo após o advento da norma de 1965, causou um temor de que o juiz de *mise en état* se considerasse sozinho para a aplicação das novas normas reformadoras. Diz-se isso porque a regra, no processo francês, era a instrução e julgamento por um colegiado e, esta nova previsão, exigiria de um magistrado singular aplicar os seus novos e ampliadores poderes.

Por isso, o decreto de 7 de dezembro de 1967 teve o cuidado maior em precisar ao magistrado os critérios que eram esperados dele: o juiz deve se adaptar à infinita diversidade de causas que são apresentadas ao seu julgamento, mesmo não tendo todas a mesma complexidade.<sup>200</sup> No texto inicial, a previsão pura e simples de poderes, a serem exercidos dentro de uma nova cultura – o juiz singular, inquisitivo e instrutor – encontrou dificuldade de aplicação, o que foi esclarecido pelo novo diploma legislativo (aquele de 1967) que, desta feita, explicitou ao magistrado a expectativa em torno da sua atuação na condução do processo: ativa a dirigente.

---

<sup>199</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. P. 179.

<sup>200</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 237.

Esta foi a fase responsável por iniciar a efetiva aproximação do juiz ao processo, e, assim, a verdadeira implantação de um sistema de contratualização ou gerenciamento do processo.

Cadiet<sup>201</sup> nos relembra que, superada a concepção de que o processo é a das partes – pertence às partes, como algo privado –, a fase de gerenciamento inaugura o pensamento de que o processo é, em todo o seu desenvolvimento, a coisa das partes e a coisa do juiz, conjuntamente. O mesmo autor menciona que o processo deixa de ser um mero instrumento, para ser um dos instrumentos que lida com direitos fundamentais, como o devido processo legal.

Definir se o processo é a coisa das partes, ou não, significa pensar se o processo civil é acusatório ou inquisitivo. A resposta tradicional<sup>202</sup>, na França, é dúbia: o processo civil, opostamente ao processo penal, versa sobre interesses privados. Mas deve-se ir além. O processo civil não está disponível a esta dualidade. O juiz ganhou maiores poderes, mas para implicar que o processo passasse a ser um objeto de comunhão de interesses entre o juiz e as partes.

A concepção de que o processo era coisa das partes se apresentava como uma verdade em doutrina. Apenas passadas muitas reformas é que a concepção de um juiz diretor, aliado, em cooperação, das partes ganha relevo no ordenamento. Em 1991, Gérard Cornu<sup>203</sup> apresentava o “processo como coisa das partes” como uma máxima de costume capaz de influenciar a política legislativa do processo civil. Segundo o autor, os princípios de processo, com o novo código, exprimem a concepção francesa sobre o processo civil e, por assim ser, na sua maior parte, consagram uma tradição liberal do processo, em que pese contenham um papel mais ativo do juiz.

Nesse contexto, o autor apresenta que o processo é influenciado pela ideia de que se trata de uma coisa das partes, por duas razões: a um, porque incumbe às partes a introdução da instância, a condução e a finalização da instância, o que gera a conclusão pelo princípio do impulso do processo; a dois, uma vez que a matéria do processo pertence às partes na medida em que a elas cumpre determinar o objeto do litígio a partir das suas pretensões, o que compõe o princípio do dispositivo.

---

<sup>201</sup> Valho-me das palavras do autor, cujo texto original indica que: “Toute procédure est, à la fois, mais de manière variable selon la nature du litige et le moment de l’instance, la chose des parties et celle du juge: celle des parties car c’est de leurs intérêts propres qu’il s’agit toujours, y compris en matière pénale, celle du juge dès lors que ce dernier exerce une mission d’intérêt général, qui est une des fonctions de l’État, dans le cadre d’un service public. » CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit., p. 108.

<sup>202</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé.** Ob. Cit. P. 387.

<sup>203</sup> CORNU, Gérard. **Les Principes Directeurs du Proces Civil par eux-mêmes.** Ob. Cit., p. 86.

A doutrina italiana, mais especificamente Marco De Cristofaro<sup>204</sup>, esclarece o gerenciamento leva a duas conclusões. A primeira delas é que se trata de uma técnica de aceleração processual, com vistas a atingir um procedimento sem dilações indevidas. Em segundo lugar, visa assegurar que o processo se desenvolva da forma mais adequada ao direito material, valendo-se de técnicas de flexibilidade e adaptabilidade do processo.

Conforme mencionado, essa era a concepção vigente nos idos de 1991, que cedeu à nova concepção do processo com as reformas dos anos 2000. Como se verá detalhadamente a seguir, especificamente a primeira vertente desta máxima dá lugar a um processo que pertence às partes unicamente quanto ao direito de iniciar a demanda, após o que o juiz assume o controle e direção da relação processual.

Essa mudança se deve ao fato de que deve estar claro, no nosso pensamento hodierno, que não há direito substancial efetivo se não houver direito processual que o efetive; a concepção inicial napoleônica não havia como ser mantida<sup>205</sup>. Ou seja: nesse “novo” conceito inquisitorial do processo, o procedimento é algo dividido pelo juiz com as partes, em uma solução cooperativa de ambos para a solução do litígio<sup>206</sup>.

Dizia-se ser o processo das partes porque é o seu interesse que está em análise – ainda quando se trata de um processo penal; diz-se ser do juiz porque é ele quem exerce a missão relativa ao interesse público, no cumprimento de uma das funções do Estado. É do Estado o dever de, julgando uma demanda, operar a solução dos conflitos e estabelecer a paz social. É das partes o dever de colaborar para que a demanda se desenrole da forma mais adequada possível, colaborando com o magistrado.

Por isso todo o processo passa a ser regido por um princípio de cooperação do juiz e das partes, que participam conjuntamente para a elaboração do julgamento, em direção ao qual é levado o procedimento. A esse respeito, o código de processo civil francês não deixou dúvida. Entre os artigos 1º a 13º, podem ser encontradas claramente as funções das partes e a função do juiz. Nestes termos, às partes cabe “introduzir” e “conduzir a instância”, ao passo que ao juiz cumprirá “zelar pelo seu bom desenvolvimento”<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> CRISTOFARO, Marco de. **Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo**. Rivista di Diritto Processuale. N.2. ano 65. p. 283.

<sup>205</sup> CADIET, Loïc. **Judicial Case Management In France – Tradition Into Modernity. About some aspects of contemporary tendencies in French civil procedure**. Ob. Cit.

<sup>206</sup> “In this renewed concept of civil procedure, procedure is not something of the parties (accusatory conception) or something of the judge (inquisitory conception), but *something shared* by judges and parties, this mutual object imposing a permanent collaboration in determining litigious matters as well as the course of the proceedings,<sup>206</sup> what I call ‘a principle of efficient cooperation by judges and parties during the elaboration of the judgment towards what is the natural tendency of civil procedure’”. CADIET, Loïc. Ob. Cit.

<sup>207</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 388.

Da leitura dos dispositivos mencionados, depreende-se que, nos dias atuais, são inúmeras as possibilidades de incidentes no processo, o que impede a separação de qual seja a atividade específica de cada sujeito. Importa mesmo é mencionar que todos atuarão em intuito cooperativo para a solução processual da lide – o conjunto destes artigos significaria um princípio de cooperação eficiente entre o juiz e as partes na elaboração do julgamento em direção ao qual é naturalmente direcionado o processo civil.

A compreensão deste dever de cooperação é essencial para que fique esclarecido o gerenciamento processual. Aceitar a figura do juiz participativo e igualmente responsável pelo resultado do procedimento é a base do sucesso do contrato processual.

O contrato processual deve ser firmado por partes sem más intenções, mas com um espírito de parceria, todos conscientes de suas responsabilidades na administração da justiça<sup>208</sup>. A alteridade – consciência do outro – é o coração do contrato, e o processo divide essa solidariedade<sup>209</sup>.

A novidade é reviver o fenômeno, com a multiplicação e a diversificação do emprego das figuras do contrato no período contemporâneo. É aqui que a contratualização do processo e da justiça aparece politicamente deliberada, no sentido de política jurídica<sup>210</sup>.

O regulamento de todo o processo foi posto em questão, mas certamente a atenção maior foi dirigida à solução convencional dos litígios civis, o que implicou mudanças como o surgimento de institutos como o requerimento conjunto (*requête conjointe*), modificações no modo de introdução da instância e a criação da prática de contratualização do processo<sup>211</sup> (figuras que serão detalhadas mais adiante). A ligação entre contrato e contratualização chega ao seu ponto máximo de distensão com as formas convencionais que empresta a ação administrativa em matéria de acesso ao direito, gestão de procedimento e de jurisdição.

Nesse sentido, quanto às formas de contratualização, elas são múltiplas. Algumas delas são perfeitamente redutíveis à categoria civil dos contratos, como a transação ou o compromisso de arbitragem. Esta ideologia não é tão evidente quando se trata de outras figuras da contratualização do processo, de maneira que é o que ocorre em todas as formas de atos de procedimento apresentando um caráter convencional, como o requerimento conjunto (*requête conjointe*) e as diversas hipóteses de contratualização judiciária e de convenção da administração processual<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit. p. 110.

<sup>209</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 182.

<sup>210</sup> Ob. Cit. p. 178.

<sup>211</sup> Ob. Cit. p. 169.

<sup>212</sup> Ob. Cit. p. 174.

### 3.2.3.2 As reformas nos anos 70

A grande reforma que levou ao novo código de processo civil nos anos 70, assim como aquelas que lhe seguiram, foi animada pela ideia de simplificação e racionalização do procedimento<sup>213</sup>. O legislador estava ciente de que era necessário que as formas fossem simplificadas, mas não poderiam ser destruídas. Toda a nova legislação foi prevista para deixar o processo mais simples, mais curto e menos dispendioso, livrando-se de toda formalidade inútil e dos atos processuais considerados supérfluos<sup>214</sup>. Daí que a grande reforma de 1970, com a edição do novo código foi “animada”<sup>215</sup> pelo objetivo de simplificação e racionalização do procedimento.

Até então, naquilo que há maior interesse para este estudo, pode-se dizer que o juiz concentrava quatro grandes poderes<sup>216</sup>. O primeiro deles era o poder de determinar de ofício todas as medidas de instrução legalmente necessárias – esse poder era apenas de determinar as medidas, mas não tinha o poder de exigir o seu cumprimento em algum prazo determinado. O segundo poder refere-se à possibilidade de convidar as partes para fornecer explicações de fato e/ou de direito que considere necessárias à solução do litígio. Ainda, o juiz concentrava o dever de apresentar a qualificação jurídica dos fatos e atos litigiosos, sem estar submisso à qualificação apresentada pelas partes, afinal, é seu o dever de dizer o direito (*da mihi factum, dabo tibi jus – jura novit curia*). Por fim, poderia, a partir das alegações dos debates, considerar alegações que não houvessem sido apresentadas nas suas pretensões.

Este era o quadro até 1971.

O Decreto 71-740, de 09 de setembro de 1971, foi o primeiro diploma compondo as reformas modernas; ele foi responsável por ampliar os poderes do magistrado de *mise en état*<sup>217</sup> e institui um sistema mais inquisitivo do que acusatório, aplicável em todo o território nacional. Como já referenciado, a evolução implicou desconstruir a ideia de que o processo civil era eminentemente acusatório, para ampliar os poderes do magistrado.

Esta conclusão é fruto do texto legislativo que implica extensão dos poderes do juiz, em relação aos princípios diretores da instância. O princípio do dispositivo, que até então

<sup>213</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. p. 75.

<sup>214</sup> Ob. Cit. p. 76.

<sup>215</sup> Este é o termo de que se vale o autor no seu texto original, quando menciona que: “La grande réforme que a conduit au nouveau Code de procédure civile au milieu des années 1970 et les réformes ponctuelles qui se sont succédé ont toutes été animés par ce souci de simplification et de rationalisation de la procédure ». CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. p. 76.

<sup>216</sup> CORNU, Gérard. **Les Principes Directeurs du Procès Civil par eux-mêmes**. Ob. Cit. p. 90.

<sup>217</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 179.

significava a possibilidade plena das partes disporem do processo – decorrente de uma visão acusatória do procedimento – passa a ser limitado, ou temperado, a fim de dar espaço aos poderes reforçados do magistrado<sup>218</sup>.

Visando evitar os atrasos do sistema de *mise en état* já instituído, o decreto instituiu dois regimes de instrução do litígio. Um regime servia-se para os feitos mais simples, chamado de “envio à audiência” (*renvoi à l’audience*) ou circuito curto em duas modalidades; o outro sistema prestava-se a causas mais complexas, sendo composto pela instrução perante o magistrado de *mise en état*, chamado de circuito longo.

Desde já, portanto, a critério do magistrado julgador, o processo seguirá o procedimento que mais bem se ajusta às suas características concretas, à complexidade do direito material.

A repartição dos feitos entre esses dois circuitos é feita durante um encontro entre o presidente do tribunal ou o presidente da turma à qual o feito foi distribuído e os advogados constituídos pelas partes. O encontro ocorre durante uma audiência para apregoar as causas – esta é a denominação encontrada no artigo 759 do código de processo francês<sup>219</sup>.

Estas modificações, mesmo com todas as reformas que lhe seguiram, foram mantidas em relação ao procedimento. Até os dias atuais, os poderes dos magistrados observados nestas reformas, e a divisão de processos e fases se mantêm, apenas com ampliações ofertadas pelas reformas que a seguiram.

### 3.2.3.3 As reformas nos anos 90

Apesar de toda a mudança operada pela invasão do contrato no processo, a justiça francesa estava estagnada, o que levou à constatação, nos anos 90, de que a situação judiciária era catastrófica - sobretudo se considerada a crise orçamentária que enfrentava a judiciário francofônico<sup>220</sup>.

O procedimento gerencial do processo surge mais cedo, mas é nos anos 90 que, feitas constatações acerca da situação do processo francês sem recursos e estagnado, percebeu-se a necessidade de repensar e, eventualmente, promover novas reformas.

<sup>218</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 387.

<sup>219</sup> A redação original do dispositivo segue transcrita e traduzida livremente pela autora: “Art. 759. Au jour fixé, l’affaire est obligatoirement appelée devant le président de la chambre à laquelle a été distribuée. Celui-ci confère de l’état de la cause avec les avocats présents.”. Livrement traduzido: “Art. 759. No dia marcado, o feito é necessariamente apregoado perante o Presidente da Câmara a que foi distribuído. Este confere o estado do feito com os advogados presentes”.

<sup>220</sup> DOUCHY-LOUDOT, Mélina. **La scission des phases de l’instance: la mise en état**. In *Melanges en l’honneur du doyen Georges Wiederkehr*. Paris: Dalloz, 2009. p. 233.

Foi permitida uma justiça plural, que se colocava progressivamente em prática e repousava sobre uma oferta de modalidades pluralistas de regulamento dos litígios. A regulamentação do litígio deveria estar diretamente relacionada com o litígio em si mesmo, técnica esta tendente a promover os novos modos de administração da justiça<sup>221</sup>.

Essa evolução não ocorre de forma desavisada. Cadiet<sup>222</sup> apresenta as razões para esta modificação do direito processual.

A primeira razão é a crise da justiça, caracterizada pela explosão do contencioso judiciário, do que é consequência direta o alongamento dos prazos do processo. A contratualização surge, por essa razão, como modo de regulamentação dos procedimentos, o que exprime uma lógica de demanda concorrencial, capaz de conferir diversas formas procedimentais. É claramente uma razão prática, talvez até mesmo utilitarista<sup>223</sup>.

A segunda razão apontada refere-se aos modos de regulação social na França, ou seja, a própria estrutura da sociedade francesa. Nesse período, o Estado não mais ostentava a força que possuía e a lei deixou de ser o centro do universo jurídico. Esse declínio do “legicentrismo”<sup>224</sup> favorece a contratualização da sociedade e, conseqüentemente, dos litígios em geral – sobre isso já discorreremos detalhadamente em itens precedentes. Isso porque esse sistema oferece aos destinatários novos espaços de liberdade, que permitem firmar vários tipos de contrato. A contratualização é, assim, responsável pela passagem de uma ordem jurídica imposta a uma ordem jurídica negociada, devendo-se precisar que a negociação não exclui a regulamentação e vice-versa<sup>225</sup>.

Foram necessárias quase duas décadas para que se pesquisasse e concluísse sobre as respostas aplicáveis a esta mesma crise orçamentária e foram muitas as reformas implementadas ao longo do tempo. Não se pode negar que as reformas processuais de contratualização também tiveram por fundamento a busca pela diminuição dos custos do processo – sem afastar o escopo principal de efetividade processual. Assim, uma comissão foi incumbida de refletir sobre as economias realizáveis na justiça. Méline Douchy-Oudot nos

---

<sup>221</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. P. 178.

<sup>222</sup> Ob. Cit. P. 178.

<sup>223</sup> O termo é utilizado por Cadiet, na forma a seguir transcrita: “Cette première raison est clairement pragmatique, voire utilitariste, sinon opportuniste”. CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. P. 179.

<sup>224</sup> Transcrevo a nomenclatura de que se vale CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. P. 179.

<sup>225</sup> Ob. Cit. P. 178.

informa que os termos do debate da reforma não foram postos de forma tão "prosaica"<sup>226</sup>. Por motivos lógicos: as palavras de ordem da missão reformadora eram celeridade e qualidade.

O autor de uma dessas reformas, Jean-Claude Magendie, explicitou que a celeridade deveria estar a serviço da eficácia, e a eficácia, por sua vez, a serviço da qualidade da justiça<sup>227</sup>.

Assim, o objetivo declarado da reforma seria o de garantir ao jurisdicionado que a decisão fosse não apenas efetiva, mas, ainda, proferida em um prazo razoável. Ao mesmo tempo, deveria se buscar que a corte de apelação se tornasse, efetivamente, um polo de excelência<sup>228</sup>. Racionalizar a justiça, no intuito reformatório, implica, pois, conferir efetividade, eliminando todas as fontes de retardamento inútil do processo, com propostas de reformar e remediar as situações. Esta racionalidade foi construída a partir das diversas reformas.

Foram pesquisados os pontos de complexidade do processo, com a finalidade de permitir que a nova norma processual fosse capaz de acelerar o curso do processo, tendo em vista que permitir a duração indevida do processo constitui verdadeira denegação da entrega da prestação jurisdicional<sup>229</sup>.

O resultado dessas reformas foi o enquadramento do plano procedimental e a aposição do juiz na condição de "piloto do processo"<sup>230</sup>, com a missão de deixar a causa pronta para ser julgada. A doutrina<sup>231</sup> esclarece que uma coisa é querer adotar a contratualização, outra coisa é vê-la verdadeiramente adotada.

Ao magistrado cabe a repartição dos prazos, a fixação de um calendário, proceder de forma a que o processo tenha um bom desenvolvimento, em um tempo razoável, no qual uma decisão possa ser conferida<sup>232</sup>. O juiz é o "maître" do processo.

---

<sup>226</sup> Este é o termo de que se vale a autora no original : "Les termes du débat n'ont pas été posés en termes aussi prosaïques puisque c'est de qualité et celerité de la justice qu'il est fait état dans les deus lettres de mission précisant l'objet de la réflexion confiée au groupe de travail". In Ob. Cit. p. 233.

<sup>227</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 18.

<sup>228</sup> A definição da "cours d'appel" como um polo de excelência é uma necessidade que o direito pátrio compartilha, adaptadas as particularidades do nosso procedimento. O excesso de recursos a serem apreciados e julgados e a abertura ao recurso como um direito processual, pura e simplesmente, retiraram do instituto a característica de conter em si uma discussão jurídica digna de apreciação pelos tribunais. Nem o nosso tribunal é visto como um polo de excelência, nem o recurso é um remédio opcional para situações plausíveis e que honram a boa discussão dos colegiados superiores. Assemelha-se mais a um espremeção necessário da parte que, em última hipótese, logra estender o feito no tempo por mais alguns meses, ou anos.

<sup>229</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. P. 78.

<sup>230</sup> O termo é indicado no texto original - "pilote du procès". DOUCHY-OU DOT, Mélina. La scission des phases de l'instance: la mise en état. Ob. Cit. p. 234

<sup>231</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: "faire lien"**. Ob. Cit. p. 180.

<sup>232</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. P. 234

Consoante já afirmado acima, as reformas buscavam a efetividade e a qualidade da prestação jurisdicional. O processo deve ser capaz de oferecer ao jurisdicionado uma decisão de qualidade, mas em um prazo razoável. Nas palavras do autor de uma das reformas, “deve ser evitado, a qualquer preço, o tempo morto e o tempo inútil”<sup>233</sup>. Mantinha-se o entendimento de que a fonte de complexidade do processo deve ser observada também a partir do direito material: o caráter “complicado” do litígio<sup>234</sup>.

Cumprindo, ainda, esta proposta de atingir os objetivos reformadores, de forma radical, foi realizada uma dissociação entre a fase de colocação do feito em estado de ser julgado (*mise en état*)<sup>235</sup> e a fase do julgamento – podemos pensar em fase de instrução e fase de julgamento. Não houve apenas a criação de um novo juiz ou a concessão de alguns poderes. O processo foi cindido.

A conclusão francesa, com a reformulação do procedimento, parte de um pressuposto lógico. O devido processo legal, enquanto modelo de processo que observa os direitos processuais substanciais, encontra, para a sua sustentação e realização, um modelo procedimental de instância que repousa sobre a cisão das fases processuais entre aquela de instrução do processo e preparação (*mise en état*) e a fase de julgamento<sup>236</sup>.

O juiz deixava de ser mero espectador do andamento da instrução para ser o eixo determinante do seu andamento.

O magistrado, piloto do processo, passa a ter controle total da instrução do processo que se opera sob a sua direção e controle – observe-se que o procedimento, em si mesmo, será analisado nas linhas a seguir. O gerenciamento do processo e a atuação das partes em sistema de cooperação sobre a forma do litígio pressupõem negociações entre elas e discussões, com concessões recíprocas<sup>237</sup>.

#### 3.2.3.4 As reformas após o ano 2000

<sup>233</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **L'effectivité des droits passe par des procédures adaptés**. JCP, G, I, 2008, 145. p. 45. Válida a transcrição de parte do texto, no qual o autor relata a sua animação para engendrar sua segunda reforma, em 2008: “L'effectivité du droit passe par une réponse dans délais raisonnables, c'est-à-dire adaptés à la nature d'un contentieux donné. C'est la même démarche qui m'avait animé la fois dernière: la rationalisation du temps, tellement fondamentale en matière judiciaire, le temps nécessaire à la justice. Il faut éviter à tout prix les temps morts et les temps inutiles”.

<sup>234</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. p. 81.

<sup>235</sup> A definição literal de “*mise en état*” significa “posto em estado” ou “colocado em estado”, que, interpretando de acordo com sua função, permite concluir tratar-se da colocação em estado para o julgamento ou a instrução processual.

<sup>236</sup> DOUCHY-OUUDOT, Méline. La scission des phases de l'instance: la mise en état. Ob. Cit. p. 235

<sup>237</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles....** Ob. Cit. p. 110.

Seguindo a linha principiológica das alterações que lhe precederam, as alterações dos anos 2000 – o Decreto de 20 de agosto de 2004 e de 25 de dezembro de 2005 – reforçam o princípio de cooperação do juiz e das partes, atendendo, inclusive, a evolução internacional do processo<sup>238</sup>.

E não há que se mencionar que o juiz, no cumprimento da função que lhe é assinalada no novo código de processo civil, cumpra um totalitarismo judiciário, uma vez que as regras do jogo são claramente definidas e o dever de observância do contraditório, pelo juiz, encontra-se positivado, bem como o direito a valer-se dos recursos<sup>239</sup>.

Aliás, o autor da reforma de 2005, Jean-Claude Magendie<sup>240</sup> esclareceu que era preciso refletir um procedimento capaz de satisfazer, de forma mais célere e eficaz os anseios dos jurisdicionados. Daí que, nesta reforma, o autor informa que o foco estava na corte de apelação. Havia a expectativa de que, ao lançar mão do recurso, o jurisdicionado receberia uma decisão tomada em condição de qualidade. Mencionou, expressamente, que o interesse da sua missão reformadora foi o de aniquilar os “tempos mortos” do processo.

Ou seja: na missão de 2005, a reforma francesa tinha a finalidade inequívoca de permitir ao jurisdicionado o acesso à solução do seu litígio em um prazo razoável, obtendo do judiciário uma decisão com qualidade<sup>241</sup>.

Jean-Claude Magendie, autor da reforma em questão, informa que era preciso refletir e alcançar remédios capazes de aniquilar com os “tempos mortos” do processo: os tempos perdidos e desperdiçados no curso da relação processual. A justiça, enquanto serviço público, não poderia admitir que as partes fizessem uso de manobras dilatórias capazes de atender exclusivamente a interesses privados, em detrimento do interesse do jurisdicionado e, mais ainda, da prestação do serviço público<sup>242</sup>.

Daí que, uma das modificações proibiu as partes de apresentarem as suas manifestações aos pedaços. Desde o primeiro momento, assim, lhes incumbia a apresentação de todas as suas manifestações. O processo em cooperação indica que as partes trarão, na

---

<sup>238</sup> O processo já era, à época, influenciado pelas alternativas do *case management*, que já eram aplicadas no direito norte-americano e inglês. CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 387.

<sup>239</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 388.

<sup>240</sup> Os esclarecimentos constam da sua entrevista, MAGENDIE, Jean-Claude. **L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées**. Ob. Cit. o. 16.

<sup>241</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile**. Ob. Cit., p. 552.

<sup>242</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 23.

primeira promoção de cada uma delas, as suas alegações, como um dever de lealdade e como forma de concentrar os atos.

O princípio da lealdade está no coração do dispositivo que eu concebo: quando uma parte chega diante do juiz, ela deve demonstrar, desde a entrada, todas as suas cartas. A outra mostrará as suas; haverá uma troca, mas é a isso que eu pretendo pôr fim, aquilo que eu chamo pejorativamente de estratégias procedimentais.<sup>243</sup>

As reformas de 2004 e 2005, portanto, foram influenciadas por uma necessidade de encurtar os prazos, mas sem perder o foco da qualidade, atraindo novamente o juiz para o centro do processo e do seu gerenciamento, em ritmo de cooperação com as partes. Pondera Magendie que, se no direito civil é a conciliação uma forma de solução de litígios, não há porque afastar a possibilidade de conciliar e agir com lealdade também quanto ao desenvolvimento do processo.

É nessa reforma – especificamente naquela de 28 de dezembro de 2005 – que o magistrado adquire o poder para determinar o encerramento da instrução, na hipótese de desrespeito, pelos advogados, dos prazos fixados juntamente com o juiz. Esta mudança, sem dúvida, implicou que o juiz concentrasse, em suas mãos, o poder de comandar a instrução – haja vista que passava a poder encerrá-la a qualquer desrespeito ao regramento procedimental firmado, em decisão não passível de recurso.

Ora, compreender a justiça como um serviço público, requer aceitar que o magistrado seja ativo durante todo o curso do processo, como atitude legítima e justificada. Ao magistrado cabe, no exercício desta atividade, zelar para que a justiça não seja abusivamente congestionada pelos litigantes habituais, em detrimento daqueles que, efetivamente, aguardam uma solução justa e devida do seu litígio<sup>244</sup>.

Visto isso, Cadiet<sup>245</sup> observa que a contratualização do processo não é um mito: pertence ao mundo da realidade do direito positivo. O direito é feito do real. Parece certo, continua o autor, que “favorecer a contratualização da justiça, na forma e pelos motivos que se vem de descrever, é reafirmar o elo social (...) e promover uma justiça mais cidadã, democrática e sob a tutela de um Estado mediador, encarregado do equilíbrio social”<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> A tradução é livre da autora. O texto original segue transcrito: “Le principe de loyauté est au coeur du dispositif tel que je le conçois : lorsqu’une partie arrive devant le juge, elle doit abattre d’entrée toutes ses cartes. L’autre abattra alors les siennes ; il y aura un échange, mais ce à quoi je souhaite mettre fin, c’est ce que j’appelle péjorativement des stratégies procédurales.” MAGENDIE, Jean-Claude. **L’effectivité des droits passe par des procédures adaptés**. Ob. Cit. p. 17.

<sup>244</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 29.

<sup>245</sup> CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. P. 180.

<sup>246</sup> Eis o trecho referenciado, nas palavras do autor: “Il me semble tout ausse certain sur celui de la contractualisation de la gestion des procéduresnet des processus juridictionnels. Favoriser la contractualisation de la justiça aux conditions que je viens d’indiquer, c’est simplement contribuer à retisser du lien social et,

O mesmo autor<sup>247</sup> menciona limites para o fenômeno da contratualização, tratando-se tanto de limites materiais. Informa que nem toda matéria estaria disponível para a convenção entre as partes, que encontraria o seu limite na ordem pública e bons costumes. Estes dois valores não estão disponíveis à negociação privada. Assim, apresenta o exemplo da matéria penal, que não estaria à disposição das partes para negociação, em que pese reconheça a doutrina penal crescente acerca da justiça restaurativa penal.

Estabelecidas estas premissas, não é mais possível afirmar-se que o processo permanece como “coisa das partes”. Essa afirmação não mais se coaduna com a filosofia de um processo decorrente da conjugação da intervenção do juiz com a entrega da prestação jurisdicional em um prazo razoável. Não obsta que o direito material seja privado e de interesse exclusivo das partes; o desenvolvimento do processo é algo de interesse geral e, por isso, deve sofrer a intervenção do estado<sup>248</sup>.

### 3.2.4 Técnicas de procedimento e a reforma

A adaptação do processo não se afasta da ideia de que o processo deve se desenrolar de acordo com a sua necessidade. As reformas operadas no processo civil francês partiram não apenas da premissa da efetividade – que já requer a adequação – mas da qualidade da prestação jurisdicional.

Não se pode falar de qualidade ou efetividade se o procedimento estiver desvinculado da demanda de direito material apresentada. Estes foram os fundamentos que inspiraram todas as reformas processuais observadas nas linhas precedentes<sup>249</sup>.

O processo judicial não pode estar aprisionado em regras ordinárias, com pretensão de aplicabilidade a todas as demandas e todos os pedidos apresentados perante o judiciário. Por isso é necessária a adaptação da resposta jurisdicional à natureza do processo e do procedimento. É preciso compreender que o tempo do processo é um tempo evolutivo, que acompanha a necessidade da causa. Daí que não pode estar aprisionado em formas ou prazos de lei, mas ser apreciado especificamente pelo juiz<sup>250</sup>.

---

lorsque ces modes se développent au sein même de l’institution judiciaire, c’est promouvoir une justice plus citoyenne, une justice plus démocratiquement sous la tutelle d’un État modérateur en charge des équilibres sociaux (...)”. CADJET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. Ob. Cit. p. 183.

<sup>247</sup> Ob. Cit. p. 183.

<sup>248</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 30.

<sup>249</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 238.

<sup>250</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 21.

Daí que é preciso ter em mente, por exemplo, que nenhum processo pode ser integralmente oral ou escrito, porque uma técnica não é capaz de excluir a outra, nem apenas uma delas é capaz de, sozinha, dar solução às inúmeras possibilidades de demandas que são postas a julgamento.

É nesse sentido que a reforma e adaptação do processo devem se pautar sobre a análise da utilidade efetiva das alegações das partes. É necessário definir quais manifestações são efetivas, úteis e pertinentes e, ainda, de que maneira deverão ser desempenhadas. Alguns darão maior importância às petições escritas e outros às técnicas orais<sup>251</sup>.

Nessa esteira, o que o legislador deve considerar é a forma de organizar o procedimento para que, escritos ou orais, possam contribuir, da melhor forma possível, para a prestação jurisdicional adequada, de qualidade e num prazo razoável. Não se pode perder de vista que o processo, como ato complexo, produz diversos problemas práticos, que são solucionados por remédios inventados pela prática judiciária, na sua diversidade.

Na reforma francesa, Loïc Cadiet<sup>252</sup> apresenta uma crítica contundente à ausência de normatização precisa acerca dos debates. Não há, com precisão, a indicação de quais manifestações ou petições deverão ser apresentadas, ou quais alegações ficariam restritas aos debates orais. Ressalta que estes debates são comumente vinculados à audiência, mas relembra que nem todos os debates são orais, porque existem debates escritos (“l’oralité n’est pas une condition sine qua non des débats”<sup>253</sup>). Tanto assim que o próprio processo francês releva a importância do contraditório entre as partes e sua relação com o juiz, que fica, no seu julgamento, adstrito aos fatos invocados pelas partes no processo – inteligência do art. 7º do Código de Processo Civil Francês.

Esse tema tem relação direta com o que se apresenta neste trabalho. Explico.

A mudança da concepção de “plaidoirie”, que pode ser traduzido como o “arraçoamento/arraçado”<sup>254</sup>, foi substituída pelos debates, justamente a fim de significar a mudança de paradigma, na medida em que o processo passava a ser uma relação triangular, que permitia ao juiz demandar às partes as explicações de fato ou de direito que entendesse necessárias para o julgamento do litígio. Há um quebra de paradigma em face do formato anterior, na medida em que o diálogo tradicional entre as partes passa a contar com a participação imediata do juiz.

---

<sup>251</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles....** Ob. Cit. p. 100. Nas palavras do autor : « Chacun sait bien, depuis lors, qu’aucune procédure n’est jamais complètement écrite ou orale, que l’oralité n’exclut pas les écritures et que celles-ci n’excluent pas davantage l’oralité ».

<sup>252</sup> Ob. Cit. p. 102.

<sup>253</sup> Ob. Cit. p. 102.

<sup>254</sup> Tradução livre da autora.

Este debate, para não implicar dilação indevida do processo ou em desvirtuação da qualidade da prestação, deve ser útil, o que pode ser subtraído em diversas partes do texto legislativo, quando se refere à utilização de tempo útil à defesa, ou realização de investigações úteis à descoberta da verdade<sup>255</sup>.

Nesse contexto, são debates úteis aqueles que levam a causa ao momento de estar preparada para o seu julgamento, de forma leal e eficaz – concebido o processo eficaz aquele que atende ao devido processo legal.

O procedimento oral é festejado, portanto, mas não se pode dizer que seja perfeito<sup>256</sup>. O procedimento oral, por falta de procedimento formalizado do ajuste da causa (“mise en état”) não facilita a imposição de prazos e, conseqüentemente, o andamento célere e eficaz do feito. Por isso, também nesse ponto, é possível perceber a importância do procedimento contratual francês, pois o estabelecimento de uma discussão, com entrega das “conclusões” escritas (argumentações estruturadas em petições escritas pelas partes), permite a manutenção mais adequada da lealdade entre as partes e, igualmente, do devido processo legal.

---

<sup>255</sup> A conclusão é apresentada por Loïc Cadiet no seguinte trecho: « La loi, pourtant, ne manque pas de se référer à l'utilité, qu'il s'agisse Du tamps utile ao respect des droits de la défense ou des investigations utiles à la manifestation de la vérité, le juge pouvant ainsi écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiqués en temp utile (art. 135) ou entendre les parties elles-mêmes et toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité (art. 181), la référence aux documents, aux communications et aux notifications utiles, venant compléter cette déclinaison des usages de l'utilité dans les dispositions de la loi. » Ob. Cit. P. 104.

<sup>256</sup> O processo trabalhista brasileiro é influenciado pela falácia da perfeição da oralidade. Em busca de celeridade, acredita-se que, em uma única audiência, poderá a parte se manifestar sobre todas as argumentações e documentos trazidos pela parte contrária e, ainda, apresentar as contra-provas necessárias. Há, em verdade, a generalização da mediocridade, em detrimento de manifestações e provas apropriadas à fundamentação do direito invocado. Tudo sob o fundamento da celeridade.

## 4 OS INSTITUTOS DE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO

### 4.1 O PROCEDIMENTO DE *MISE EN ÉTAT*

#### 4.1.1 Generalidades

Das reformas e institutos implementados, talvez aquele que tenha causado maior impacto no processo francês seja a criação do procedimento autônomo de instrução – a fase de *mise en état*. Não se nega a importância das demais alterações, mas esta fase procedimental estabeleceu a raiz das demais modificações, haja vista que muitas das outras alterações partem da existência do magistrado de instrução.

O procedimento de *mise en état* surge com o Decreto de 13 de outubro de 1965. Entretanto, desde o código de processo dos anos 30 do século XX, já se tinha uma cisão do processo em duas partes: aquela destinada ao mérito e outra reservada aos incidentes de procedimento.

Ficou evidenciado – na análise histórica já realizada – que o decreto de 1965 veio socorrer a mudança havida trinta anos antes, o que não significou sucesso imediato. A primeira mudança, portanto, teve por finalidade a separação entre os procedimentos de instrução e julgamento, somente, mas a efetiva modificação adveio com o decreto responsável por criar o juiz de *mise en état*.

A criação de um procedimento especial de *mise en état* teve a intenção de acelerar o curso da instância na fase de instrução. Não se poderia conceber a concessão da tutela jurisdicional que estivesse afastada da noção ideológica de que a jurisdição é um serviço público e, como tal, não pode olvidar os princípios que regem a administração pública, dentre os quais destacamos a eficiência<sup>257</sup>.

A jurisprudência sinalizava no sentido de que a entrega de petições, pelas partes, em desrespeito aos prazos impostos em lei, era um problema de interesse exclusivamente privado, que não poderia ser suscitado de ofício pelo juiz. O juiz restava inerte e à espera da

---

<sup>257</sup> A doutrina processual francesa esclarece que a atividade jurisdicional consiste na manifestação do poder de julgar do Estado, que nada mais é do que uma função do próprio Estado em exercício da sua soberania estatal. Daí a conclusão de que a justiça é um serviço público, não apenas subsumido aos princípios gerais da ordem jurídica, mas aos princípios que regem os serviços públicos do Estado. CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**, Ob. Cit., p. 35 e 38. Válida a transcrição do trecho original interpretado nas linhas anteriores: “En tout cas, personne ne contestera que rendre la justice est un des attributs de la souveraineté étatique, l’une des fonctions étatiques, ce qui coïncide à donner à la justice la forme d’un service public.”

arguição da preclusão pela parte contrária, sem qualquer poder de imputação de sanção processual, dado tratar-se de interesse meramente privado.

No direito processual francês, reinava uma característica que o afasta da atual situação processual do país: a desobediência aos prazos legais não importava, necessariamente, sanção processual. O advento do JME<sup>258</sup> é consequência de uma necessidade de aceleração do processo, haja vista que, àquele tempo, o que se tinha era a impossibilidade de declaração de ofício de preclusão temporal das manifestações das partes.

Nesses casos, dada a impossibilidade, por ausência de poder, de o juiz invocar de ofício a ocorrência de preclusão, o processo ficava à mercê da vontade das partes de suscitá-la. Por outro lado, os advogados das partes não impugnavam os desrespeitos aos prazos processuais pela parte contrária, em uma espécie de costume jurisdicional enraizado<sup>259</sup>. A concepção privatística do direito ao prazo processual deixava o magistrado de “mãos atadas”, aguardando ato processual da parte que impugnasse o desrespeito do seu adverso. Juntamente com este entendimento, reinava o costume de não impugnar mutuamente a inobservância de prazos.

Ora, se a parte não arguia a inadmissibilidade do ato processual e ao juiz era vedado o reconhecimento desta de ofício, o processo era indevidamente estendido no tempo. A doutrina exemplifica a hipótese em que as partes apresentavam as suas manifestações em data próxima à audiência, o que, em respeito ao contraditório, implicava o seu adiamento. A falha do procedimento era utilizada pelas partes para manejarem o tempo do processo, de acordo com o seu interesse particular.

É inegável que havia um retardamento indevido do processo. É nesse sentido que, considerado o exemplo já referenciado, caso a parte quisesse trazer um documento no dia da audiência, ou mesmo uma manifestação cujo prazo já havia sido assinalado anteriormente, o juiz estava obrigado a recebê-la no momento em que apresentada; isso levaria ao adiamento da audiência. Esta obrigatoriedade no recebimento tem ligação direta com o fato de que o magistrado dependia de alegação da parte contrária e, por costume, não eram alegadas estas preclusões entre si.

A impossibilidade de reconhecimento de ofício tinha relação direta com a concepção de que o processo é privado e, portanto, não estava à disposição do juiz para o reconhecimento de tal questão. Nessa esteira, o conserto deste problema releva à maior importância quando da reforma processual e surge o juiz de *mise en état*.

---

<sup>258</sup> A sigla refere-se ao juiz de instrução, ou *juge de mise en état* (JME).

<sup>259</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. 16a edição. Paris: Éditions Dalloz, 2011. p. 304.

A sua criação decorre, então, da necessidade de cooperação entre partes e o juiz no processo. Por isso, quando se alude à criação da figura do JME, atende-se a clamor de cooperação e atividade efetiva do juiz no feito. Trata-se de um juiz processualmente ativo, que não está mais à mercê das partes, donas do processo, encarado apenas em seu aspecto privado.

Visto isso, percebeu-se a necessidade de especializar alguns juízes para a *mise en état* – ou seja, um juiz encarregado da instrução do processo, deixando pronto para o julgamento. O juiz era o responsável pelo andamento da instrução, mas isso não altera o fato de que a instrução continuaria como um ônus das partes<sup>260</sup>.

De acordo com o sistema francês, a finalidade de definição de um juiz de "mise en état" foi proporcionar a aceleração do curso processual. O procedimento ordinário que se operava perante o tribunal de grande instância não permitia o julgamento célere dos feitos, mesmo quando os julgamentos eram postos diante dos tribunais mais organizados<sup>261</sup>.

Desta forma, com o fito de perseguir a finalidade de criação do procedimento de conclusão da causa para julgamento segundo o seu estado concreto, é que foram "especializados" alguns juízes que, nesse sentido, desenvolvem a atividade de pôr as causas em estado de serem julgadas, também chamados de juízes da instrução.

Mas não bastava a instituição de um magistrado com este dever – esta experiência já havia fracassado anteriormente. O processo clamava por mais e, com o objetivo de atingir a racionalidade das reformas implementadas, a repartição das fases de julgamento e de *mise en état* deveriam ser, ambas, regidas por juízes fortes.

Destarte, a instrução e organização do feito para o julgamento não se exaurem em uma fase meramente administrativa em que o juiz simplesmente verifica a troca das peças pelas partes e a sua pontualidade<sup>262</sup>. Ele se tornou o juiz intelectual da instrução do feito, na medida em que passou a dispor de poderes de efetivamente controlar a fase instrutória, impondo o seu ritmo.

Ao juiz da *mise en état*, foram conferidos maiores poderes em decorrência direta da cisão entre estas fases: porque há uma instrução autônoma em relação ao julgamento de fundo ou de mérito<sup>263</sup>, ele é responsável pela primeira fase autônoma do processo.

---

<sup>260</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 297.

<sup>261</sup> A doutrina considera como demorados os julgamentos nos tribunais de grande instância, mesmo quando o julgamento durava apenas cinco ou seis meses. HÉRON, Jaques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. 4a edição. Paris: Montchrestion, 2010. p. 128.

<sup>262</sup> Esta foi a concepção inicial sobre o papel deste magistrado, que mudou com a evolução legislativa. JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 180.

<sup>263</sup> DOUCHY-LOUDOT, Méline. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 234.

Esse modelo de procedimento implica distribuição das competências e, por isso, leva à existência de um novo juiz: o juiz do procedimento. Houve uma transformação implícita, que determinou a modulação do processo pesquisado, partindo de uma necessidade do próprio processo. O processo seria modulado, organizado em módulos ou etapas, mas para a satisfação de uma carência do próprio processo: atender à celeridade e à eficácia processuais<sup>264-265</sup>.

Em 9 de setembro de 1971, um decreto substituiu a menção legislativa do juiz “das instruções” (des *mises en état*), pelo juiz “da instrução” (de *mise en état*). A modificação da nomenclatura, de acordo com Dorsner-Dolivet<sup>266</sup>, não se operou por acaso. Havia a vontade do poder regulamentar em situar o juiz de *mise en état* no interior do processo de elaboração do ato jurisdicional, integrando o mecanismo de preparação do mérito da causa assegurando a sua participação nos debates como na decisão.

Assim, cada magistrado encarregado da colocação em estado de julgamento (*mise en état*) tem título específico, conforme esteja ele vinculado ao Tribunal de Grande Instância ou à Corte de Apelo. No primeiro caso, dá-se o nome de “juge de la mise en état” (JME); no segundo caso trata-se do “conseiller de la mise en état” (CME)<sup>267</sup>.

A previsão do magistrado de *mise en état* valorizou o juiz único em face de um colegiado. O processo francês baseia-se na ideia de colegiado, o que sobreleva a importância de repensar o papel deste juiz e dos seus auxiliares, haja vista que a concepção adotada e a cisão das fases do processo reforçam os poderes deste magistrado único de instrução<sup>268</sup>.

<sup>264</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 235.

<sup>265</sup> Imaginar essa figura no direito brasileiro não é tão simples. A simplificação tem importância significativa para o processo francês, no qual o julgamento é realizado em fase própria, estabelecida por órgão colegiado. Há de se imaginar, entretanto, que, no direito brasileiro, essa separação afronta à regra da identidade física do juiz, pelo qual se busca fazer com que o julgamento esteja em consonância com a prova oral, sendo considerado mais apropriado o juiz que instruiu a causa, julga-la. Qualquer alteração nesse sentido implicaria mudança paradigmática, sobrelevando-se a efetividade do processo à justiça da decisão. De toda sorte, o entendimento não é de todo absurdo, porque já aplicado em ordenamentos processuais, a exemplo do sistema trabalhista, o que faz questionar, diretamente, se há um direito processual a esta identidade do juiz ou se consiste apenas numa regra procedimental de equidade (a decisão mais justa seria aquela prolatada pelo juiz da instrução, que teve o “sentimento” sobre a validade da prova). No processo do trabalho, inegavelmente orientado pelo princípio da oralidade, suplantaram a sua importância os princípios da celeridade e efetividade, e, então, o entendimento seguiu corrente diversa. É o que se podia subtrair do entendimento consubstanciado na Súmula Nº 136 do TST, já cancelada, cuja redação previa: “Juiz. Identidade física. Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz”. O anteprojeto do CPC também não contempla mais a previsão expressa do princípio da identidade física do juiz, justamente com o fito de atingir, de maneira mais eficaz, a entrega da prestação jurisdicional.

<sup>266</sup> DORSNER-DOLIVET, Annick. **Les incertitudes de la mise en état dans la jurisprudence**. Gaz. Pal., 1986. p. 23.

<sup>267</sup> Em tradução livre da autora temos o “juiz de instrução”, no primeiro caso, e o “conselheiro de instrução”, no segundo.

<sup>268</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 236.

Assim é que, consideradas estas premissas, a instituição de um magistrado responsável pela formação do processo para o julgamento o tornou um verdadeiro gestor da instrução processual. O processo deve chegar ao seu ponto de julgamento livre de qualquer incidente procedimental.

A fase processual de *mise en état* se tornou uma parte essencial do procedimento civil<sup>269</sup>. O processo civil, em geral, admite o formato de duas fases, sendo a primeira de instrução, à qual se segue o julgamento. Ambas igualmente essenciais e, como visto, regidas por juízes fortes. Este segundo momento de grande importância, por sua vez, repousa no diálogo entre o juiz e os advogados, notadamente para estabelecimento do calendário processual em que serão apresentadas as petições, manifestações, promoções e provas.

Válido mencionar que a Corte Europeia<sup>270</sup> verificou que a instituição de um julgador de *mise en état*, utilizando corretamente os poderes que lhe foram conferidos pelo código de processo civil francês, garante o desenvolvimento rápido do processo e impede as manobras dilatórias intentadas pelas partes.

#### 4.1.2 O magistrado de instrução (JME ou CME)

##### 4.1.2.1 Generalidades

O procedimento de *mise en état* tem a forte característica de ter a instrução desenvolvida sob o controle de um único juiz – o juiz de *mise en état* ou, como simplificam alguns autores, o JME<sup>271</sup>.

A designação do magistrado é realizada entre um daqueles que compõem a turma para onde é distribuído o feito. A designação de qual juiz cumprirá a função instrutória é determinada segundo as modalidades fixadas para as repartições dos juízes, entre as diversas turmas do tribunal de grande instância. A divisão é feita antes do início do ano judiciário, pelo presidente do tribunal<sup>272</sup>.

Após as reformas dos anos 90, o papel do magistrado de instrução permaneceu fundamentalmente o mesmo. A hipótese, em verdade, é de previsão legal expressa, que indica qual o papel deste juiz. Depreende-se a sua função processual a partir do conteúdo do artigo

<sup>269</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 181.

<sup>270</sup> O dado é informado por JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 181.

<sup>271</sup> Apresentam esta sigla: JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit.; DORSNER-DOLIVET, Annick. **Les incertitudes de la mise en état dans la jurisprudence**. Ob. Cit.

<sup>272</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 180.

763, alínea 2C, do código de processo civil francês, que pode ser lido, em tradução livre, da seguinte forma: “(...) tem a missão de zelar pelo desenvolvimento leal do procedimento, especialmente a pontualidade da troca das conclusões e a comunicação das peças”.

Deste texto, absorve-se que este juiz ou conselheiro é, em verdade, coordenador da fase de instrução. Inclusive por isso, consideramos que a melhor tradução para “*juge de la mise en état*” consiste em “juiz da instrução”. É dele a responsabilidade de colocar o processo em estado para o julgamento, o que implica dizer que é dele a responsabilidade sobre a instrução processual.

A fim de cumprir com este dever, o magistrado deve permitir às partes e aos seus advogados que produzam, no melhor prazo, os elementos necessários ao sucesso de suas pretensões. Deve, também, convidá-los à solução conciliada, sempre que o processo permita esta possibilidade<sup>273</sup>.

Toda a instrução do feito é colocada sob a ordem do JME, que tem o controle na determinação do papel de cada uma das partes, assinalando-as os prazos necessários para a apresentação dos seus requerimentos e manifestações. Diz-se, por isso, que há uma contratualização sobre o processo: porque o juiz age a partir de uma lógica de ajuste do procedimento juntamente com as partes, considerando não apenas a entrega da prestação jurisdicional – serviço público – mas também a necessidade das partes, representadas por seus advogados<sup>274</sup>.

A lógica é contratual porque o juiz deixa de ser aplicador de uma norma formal. O processo é, sim, a consecução de atos processuais previstos em lei. Mas a organização do procedimento não é feita exclusivamente por uma lei de previsão uniforme; o juiz se insere na relação processual e, em comunhão com as partes, organiza a sucessão dos atos do processo. A importação desta lógica contratual para o processo tem a finalidade de garantir maior eficácia da ação pública, valendo-se, para tanto, da cooperação das partes e de um juiz diretor da relação processual.

Este controle realizado pelo juiz é um controle ativo<sup>275</sup>. Isto porque o texto legal confere ao magistrado o controle da instrução, dentro de um contexto histórico de reforma processual para a ampliação dos poderes do juiz.

<sup>273</sup> DOUCHY-LOUDOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. P. 237.

<sup>274</sup> A doutrina italiana chama atenção para o fato de que a reforma consistiu em atrair a lógica contratual no âmbito da técnica da produção jurídica, através do processo. CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile**. Ob. Cit., p. 555.

<sup>275</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. P. 299.

Diz-se, por isso, que o magistrado da instrução se torna o conselheiro das partes, missão esta entregue a todo juiz, mas igualmente encarregado de controlar o cumprimento diligente das obrigações processuais pelas partes<sup>276</sup>.

Desde a reforma de 1996, houve a intenção crescente de reforçar os poderes do juiz da instrução, com a finalidade que possa, em ajuste conjunto com os advogados das partes, colocar os seus atos escritos em conformidade com o princípio da concentração. O desrespeito a este ajuste conjunto leva ao não recebimento do meio requerido ou apresentado pela parte<sup>277</sup>.

As petições devem ser estruturadas e atender ao quanto ajustado pelo juiz, conjuntamente com as partes e seus advogados, em um ato conjunto. Sendo assim, inobservados os prazos preestabelecidos, o juiz passa a poder, *ex officio*, reconhecer a inadmissibilidade das manifestações.

De acordo com a redação do Código de Processo Civil Francês (art. 762<sup>278</sup>), são encaminhados para processamento conforme o procedimento de *mise en état* todos os processos perante o Tribunal de Grande Instância que não demandem um encaminhamento direto para audiência (procedimento de dispensa da fase instrutória, a ser estudado a seguir). O procedimento perante o Tribunal de Grande Instância, por tratar-se de órgão colegiado, tinha o desenvolvimento mais lento, o que gerou a mudança de cisão das fases de instrução e julgamento – a instrução perante o juiz singular e o julgamento (realizando em audiência – a *audience des plaidoiries*) fica a cargo do colegiado.

Assim, estarão aptos a serem julgados conforme os arts. 763 e seguintes – procedimento de *mise en état* – todos os processos que demandem uma produção de provas mais detalhada e profunda, sem possibilidade envio direto para o julgamento, com marcação de audiência para este fim.

Partindo dessa premissa, então, o procedimento de *mise en état* é o procedimento ordinário; em sentido oposto, o procedimento de envio direto para audiência, configura-se como um procedimento especial.

A ideia de um procedimento comum como de *mise en état* é imperiosa para que se possa compreender a estruturação do direito processual francês. O procedimento com instrução capitaneada por um juiz ativo é importante. Mas o direito processual não olvidou a

---

<sup>276</sup> DOUCHY-LOUDOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 237.

<sup>277</sup> Ob. Cit. p. 238.

<sup>278</sup> **Art. 762:** “Toutes les affaires que le président ne renvoi pas à l’audience sont mises en état d’être jugées, conformément aux dispositions ci-après ». Em tradução livre da autora : “Todos os feitos que o presidente não envie à audiência serão instruídos, conforme as disposições a seguir”.

necessidade de, ainda assim, existirem procedimentos diversificados, que permitissem que o processo estivesse adaptado à situação material.

Por isso, diz-se que o processo comum pode ser formulado de três formas: o circuito curto, o circuito médio e o circuito longo.

O primeiro ato é aquele do presidente do tribunal em determinar se o procedimento irá, ou não, ser processado a dia fixo – o que, igualmente, depende de requerimento da parte. O procedimento a dia fixo é especial e será detalhado mais adiante<sup>279</sup>. Nesse procedimento, sequer se alude aos circuitos.

Não sendo escolhido o procedimento a dia fixo, passa-se à audiência em que o processo será apregoado em audiência, oportunidade na qual o presidente decide, com a participação do advogado, se o processo seguirá o circuito longo, médio ou curto.

Tem-se circuito curto quando a causa já se encontra madura a ser decidida no mérito ou se o acionado não comparece e, por isso, a causa já se encontra pronta para ser decidida no mérito. Nesse caso, o presidente declarará desnecessária a instrução e fixará a data da audiência em que as partes apresentarão as suas argumentações orais.

Na hipótese de adotar o circuito médio, o presidente decide que a causa pode ser reenviada para audiência, numa data que ele estabelece, com a particularidade de que uma última apresentação de defesa, ou uma última apresentação de documentos ainda se mostra necessária a que a instrução seja suficientemente realizada. Assim, fixa ao defensor um prazo para o depósito das petições ou para a eventual produção de prova documental. Na data fixada, o presidente envia o processo para a audiência.

Por fim, denomina-se circuito longo aquele no qual o litígio se mostra mais complexo. Nesse caso, procede-se à verdadeira e apropriada instrução (*mise en état*) diante de um juiz especializado nesta fase processual, que controla a legalidade e o bom desenvolvimento do processo, com o dever particular de zelar pela pontualidade na troca das manifestações das partes e comunicação dos documentos<sup>280</sup>.

No procedimento perante o Tribunal de Grande Instância<sup>281</sup>, as manifestações das partes desempenham um papel importante, porque é nelas que se encontram as pretensões exatas das partes e os meios de fato e de direito em que amparam o seu pedido.

---

<sup>279</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile**. Ob. Cit., p. 556.

<sup>280</sup> A divisão entre os procedimentos é detalhada pela doutrina italiana, que festeja a formatação francesa. Ob. Cit., p. 556.

<sup>281</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 182.

Daí a importância das primeiras petições das partes – inclusive para a fixação deste ou daquele procedimento –, tendo em vista a sua relação estreita com o meio de prova a ser produzido<sup>282</sup>. Note-se que isto implica responsabilidade da parte na indicação precisa dos meios de prova, porque é através desta que será determinado o procedimento especial a ser seguido, com a designação, ou não, de audiência.

Foram, sobretudo, as reformas posteriores a 2005 que criaram uma verdadeira jurisdição de instrução civil. O juiz de instrução não era mais um controlador administrativo dos atos processuais a serem praticados pelas partes, mas verdadeiro gestor da instrução<sup>283</sup>. Para tanto, o juiz de instrução deveria dispor dos poderes jurisdicionais, o que lhe foi conferido com competência exclusiva, com autoridade de coisa julgada, para apurar todos os incidentes que se põem à instância. Ou seja, o juiz de *mise en état* assume o papel de controle da instrução processual, decidindo todos os incidentes da fase que se desenvolve perante ele, tendo a sua decisão sobre estes o efeito de coisa julgada<sup>284</sup>.

A ampliação dos seus poderes deve ser encarada conjuntamente com a ideologia que a informou: o estabelecimento de um procedimento consensual entre o juiz e as partes. Julien e Fricero afirmam que, com o objetivo de deixar a justiça mais consensual e com mais qualidade, o juiz passa a estabelecer os protocolos da justiça juntamente com as partes e com os auxiliares da justiça. Esta atividade considera a concentração dos atos processuais, com a limitação destes, eliminação daqueles atos desnecessários e preconizada a adaptação do procedimento<sup>285</sup>.

Estes poderes devem ser reconhecidos em favor deste juiz, pois, sem eles, não seria possível o cumprimento da sua missão processual.

Ele tem o poder de repartir os prazos e ordenar as medidas necessárias ao cumprimento da sua função legal.

Para tanto, o Decreto de 28 de dezembro de 2005 legalizou a prática judiciária do calendário de procedimento, que pode também ser chamado de calendário de *mise en état*. Sobre este tema, o calendário processual, retornaremos em seguida.

#### 4.1.2.2 Poderes do magistrado de *mise en état*

<sup>282</sup> Transportando o entendimento para o direito brasileiro, a fixação do procedimento ocorreria após a petição inicial e a defesa, e aumentaria o compromisso das partes acerca da indicação dos meios de prova que pretendem produzir.

<sup>283</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 181.

<sup>284</sup> Ob. Cit. p. 181.

<sup>285</sup> Ob. Cit. p. 181.

#### a. Generalidades

As linhas precedentes esclareceram que a criação do magistrado de *mise en état* teve por objetivo aproximar o juiz das partes a fim de que, conjuntamente, estabelecessem as regras do processo. Como já referenciado, as partes podem discordar quanto ao direito material, o que não impede que concordem sobre os termos em que a prestação jurisdicional será formalmente entregue, ou seja: o processo.

Daí que foram ampliados os poderes do juiz de instrução, exatamente para que a sua atuação, enquanto gestor da instrução processual, fosse possível e respeitada pelas partes. Além do seu poder geral de regulamentação do procedimento, o magistrado de instrução tem um grande número de poderes especiais, enumerados entre os arts. 776 a 782 do código francês de processo civil.

Esses poderes são exclusivos do magistrado de *mise en état* e se iniciam com a sua designação até o seu desligamento da causa. São poderes, então, particulares deste magistrado.

Dentre os poderes gerais, destaco, inicialmente, aquele de decidir sobre alguns incidentes do processo. Nesta finalidade, o juiz poderá, inclusive, constatar a extinção da instância. Outro poder consiste em instruir o mérito da causa, ouvindo as partes, ainda que de ofício, convidando-as a comparecer sempre que entender necessário à solução do litígio.

Por fim, dentre estes poderes, é possível destacar o poder de constatar a conciliação entre as partes, ainda que parcial, procedendo à homologação do acordo que elas apresentarem, assim como decidir sobre despesas e encargos processuais.

Vejamos, detalhadamente, os poderes referenciados nos itens a seguir.

#### b. Poderes relativos à oitiva e conciliação das partes

Em regra, o juiz de *mise en état* não ouve o debate das partes. Os debates são reduzidos ao máximo na fase de formação da instrução processual diante deste magistrado<sup>286</sup>. O que é indispensável, por outro lado, é que os advogados sejam notificados e ouvidos, devendo o juiz, sempre, respeitar o princípio do contraditório. O respeito ao contraditório é essencial para que haja legalidade nas decisões do magistrado.

---

<sup>286</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 186.

O magistrado de *mise en état* pode, portanto, solicitar a oitiva das partes. Tal atitude pode, inclusive, ser praticada de ofício<sup>287</sup>. Ora, se o juiz é o piloto do processo, considerada a necessidade, poderá requerer que as partes se apresentem para depor ou prestar esclarecimento, enfim, para serem ouvidas. Assim requerendo, o juiz deve respeitar o contraditório, de maneira que a oitiva de uma parte deve ser comunicada à parte contrária e vice-versa.

A finalidade, sem dúvida, é de que o juiz possa obter diretamente das partes algumas informações para o processo. Nesse momento, também, poderá o juiz, eventualmente, atingir a conciliação das partes.

A missão de conciliação atinge a todos os juízes, e dela não poderia ficar afastado o juiz de instrução. A missão conciliatória e o espírito de cooperação contaminam todo o procedimento contratualizado. Há, no art. 21 do código francês de processo civil a previsão genérica sobre o poder de conciliar; a previsão expressa advém do art. 768, que reitera que o juiz poderá homologar a conciliação das partes, ainda que parcial.

Diante disso, afasta-se do procedimento acusatório para aceitar um processo civil mais inquisitivo, permeado por um juiz ativo, que pode demandar a oitiva das partes. Poder-se-ia cogitar, aqui, de dúvida sobre a contratualização. Mas é exatamente a contratualização do processo que aproximou o juiz da relação processual – não apenas como um gestor do processo, mas como um “piloto” que ouve a necessidade das partes. Nessa atividade, age não apenas recebendo manifestações das partes, como também determinando a prática de atos processuais, dentre os quais se destaca, nessa passagem, a produção de provas.

Por consequência lógica do quanto exposto, se o juiz de instrução pode ouvir as próprias partes, nada impede que ouça os seus representantes diretamente, conforme precisa o art. 763, 3, do código de processo civil francês.

#### c. Poderes que permitem o controle ativo do bom desenvolvimento da instância

Com vistas a auxiliar no bom desenvolvimento do processo e a sua adequação conforme o direito material posto em julgamento, o juiz poderá também intervir de acordo com as necessidades da demanda. Poderá notificar os advogados para que apresentem explicações de fato e de direito para a solução do litígio, ou qualquer outro ato processual que considere necessário à solução do litígio.

---

<sup>287</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 299.

Nesta intervenção, é autorizado ao juiz agir de forma imperativa, não apenas notificando as partes, mas intimando-as para o cumprimento dos atos processuais que considerou necessários. É um verdadeiro poder de injunção<sup>288</sup> do magistrado de *mise en état*, reconhecido pela lei – art. 763, 3, do código de processo civil francês.

Importa frisar que as reformas não estavam detidas à ideia de dar maiores poderes instrutórios ao juiz. Não se tratava unicamente de permitir ao juiz conduzir as provas do processo. Muito mais que isso, os poderes do magistrado haviam de ser ampliados a fim de que ele se tornasse o gestor de todos os atos processuais, dentre os quais estava incluído o poder de requisitar provas. A sua missão principal, entretanto, é a de organizar o processo a fim de deixá-lo apto para o julgamento pela corte<sup>289</sup>.

Um dos reflexos desta ampliação dos poderes é encontrado na possibilidade de o magistrado fixar os prazos processuais, sobretudo os lapsos temporais nos quais as partes devem apresentar as suas manifestações. Estes prazos poderão ser acordados entre as partes, sob a direção e gestão do magistrado, em ato de manifesta cooperação processual. Mesmo quando os prazos são imperativos, poderão ser relevados pelo magistrado, haja vista que o sistema não é desprovido de maleabilidade<sup>290</sup>, que pode ser vislumbrada no conteúdo do art. 764 do código de processo civil, que esclarece que o juiz fixará os prazos na medida exata da necessidade, considerada a natureza, a complexidade e a urgência do processo.

Essa ampliação de poderes se justifica pela importância das manifestações escritas. Note-se que dada a instrução de um feito perante o tribunal de grande instância francês, as manifestações desempenham um papel importante, porque é através delas que as partes apresentam os substratos fáticos e jurídicos das suas demandas. É certo que as partes não podem emitir uma pretensão ou fazer valer um direito senão pelo argumento escrito. Ou seja, opostamente ao que ocorre, na França, com os procedimentos de exceção, no procedimento perante o Tribunal de Grande Instância uma parte primordial – a fase de instrução ou *mise en état* – é reservada ao procedimento escrito, no qual as partes são necessariamente representadas por um advogado<sup>291</sup>.

Como visto, não há perfeição no processo todo escrito ou todo oral. Com a reforma processual e a cisão das instâncias, a fase de instrução – *mise en état* – foi concebida majoritariamente por escrito, ao passo que as partes farão as suas argumentações orais na

---

<sup>288</sup> O termo “poder de injunção” é encontrado em COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob.Cit., p. 300 ; também há menção a esses poderes em JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 181.

<sup>289</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit., p. 300

<sup>290</sup> Ob. Cit., p. 300

<sup>291</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 182.

audiência perante o colegiado (*audience de plaidoiries*)<sup>292</sup>. Ou seja, fora engrandecida a importância das manifestações escritas, e, por isso, os poderes do juiz de instrução, responsável por controlar essa fase processual, deveriam acompanhar esse engrandecimento.

O poder do magistrado de direcionar intimações às partes pode ser exercido a partir do conjunto geral de poderes dos magistrados, previstos expressamente no art. 770, do código de processo civil francês. A diferença está em que o exercício dos poderes, no momento da instrução processual, estará acompanhado da possibilidade de aplicação de sanções. Ou seja: o descumprimento pelos advogados dos atos de procedimento dentro do prazo imposto pode, eventualmente, conduzir o magistrado de *mise en état* a determinar a conclusão de instância em relação a este advogado. Com esta decisão, o magistrado encerra a instrução (*ordonnance de clôture*) em relação a este advogado, finalizando a instância instrutória para este advogado – e, conseqüentemente, para a parte que representa.

Proferida esta decisão, o advogado ficará impedido de depositar as suas manifestações ou quaisquer outras petições. Mas não se trata, aqui, de analisar este momento processual – porque será minuciosamente estudado em ponto oportuno – senão de deixar esclarecido que o controle do andamento e do cumprimento de um prazo razoável no processo estará integralmente concentrado nas mãos do juiz.

Sendo assim, o juiz tem o poder de comunicação com as partes também no que se refere à obtenção e produção de suas peças. Dentre os seus poderes está o de reconhecer a extinção da instância, ponto sobre o qual retornaremos ao tratar das decisões deste magistrado.

#### d. O poder de encerramento da instrução

Com o fito de assegurar a efetividade ao imperativo da celeridade, a reforma de 1996<sup>293</sup> contribuiu para estender ainda mais os poderes do juiz de instrução. Partiu, desta feita, da premissa de que, na prática, não havia respeito aos prazos processuais, quer designados pelo juiz, quer designados por lei.

A instituição do juiz de *mise en état* visou permitir uma mudança paradigmática nesse entendimento. Para tanto, além da aproximação do juiz em relação às partes, foram

---

<sup>292</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit. P. 104.

<sup>293</sup> Os trabalhos de reforma, em 1996, foram presididos por J.-C. Magendie, o que faz com quem, em doutrina, os termos da reforma sejam conhecidos por primeiro relatório Magendie.

ampliados os seus poderes, para que se tornasse o gestor do contrato firmado entre julgador e partes do processo para regulamentar o andamento da instância.

Um dos poderes que lhe foi conferido consistiu na possibilidade de determinar a conclusão da instrução. Existem duas modalidades de encerramento da instrução desde o Decreto de 28 de dezembro de 2005: se houve a negociação do calendário, dele mesmo constará a data de encerramento da instrução – salvo se houve causa grave ou justificativa que permita uma prorrogação dos prazos previstos, dentre os quais poderá ser prorrogado o prazo do encerramento; se nenhum calendário foi previsto, o juiz declarará a instrução encerrada, desde que o estado do processo permita o envio do feito imediatamente para ser julgado pelo tribunal<sup>294</sup>.

Dito isso, temos que, após a decisão de encerramento, se torna defeso às partes o depósito de novas manifestações ou de produzir novas provas<sup>295</sup>. Isto porque a decisão de encerramento tem o efeito de cristalizar, em definitivo, o objeto da demanda a ser julgado, o que se faz mediante decisão de ordem de encerramento da instrução (*ordonnance de clôture*), infensa a recursos das partes<sup>296</sup>.

Inicialmente, a jurisprudência considerava que a inadmissibilidade das petições das partes – dentre as quais se destacam as conclusões finais –, decorrente normalmente da inobservância de prazo, era fato exclusivo de interesse privado. Dito isso, o magistrado não poderia suscitar a inadmissibilidade destas manifestações de ofício. A fim de agilizar o procedimento, adveio o poder de encerrar a instrução, decisão esta que pode ocorrer em dois tipos de situação.

Uma das hipóteses<sup>297</sup> ocorre quando o magistrado considera que todos os elementos necessários à solução do processo já se encontram reunidos, o que implica concluir que o processo já se encontra em estado de ser julgado. Nesse caso, o juiz de instrução enviará o processo para o tribunal, para ser fixada a data do julgamento – ato processual que poderá ser por ele mesmo cumprido, quando receber delegação do tribunal a esse respeito. Ou seja: a fixação da data do julgamento poderá ser realizada tanto pelo tribunal julgador quanto, por delegação, pelo próprio magistrado de instrução.

A exigência de um ato formal de delegação se explica não apenas pela vontade de manter com o presidente da turma a superioridade neste papel, mas, ainda, para evitar uma

<sup>294</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 189.

<sup>295</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 304..

<sup>296</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile**. Ob. Cit., p. 558.

<sup>297</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 305.

anarquia na fixação destas datas, haja vista que uma turma poderá possuir diversos juízes de instrução. Dito isto, há a necessidade de uma harmonização entre eles, o que apenas é possível com a concentração de alguns poderes junto ao presidente da turma<sup>298</sup>.

Neste mesmo ato, o juiz declarará o encerramento da instrução, proferindo a decisão de conclusão. Se o juiz entender necessário, para a formação do seu relatório perante o tribunal, poderá requerer que os advogados apresentem petição na secretaria com os documentos produzidos, no prazo que determinar.

A segunda hipótese de encerramento da instrução ocorre na forma de uma sanção para o advogado que não cumpre pontualmente os atos processuais que lhe são incumbidos. A sanção poderá ser imposta tanto a requerimento da parte contrária, quanto de ofício pelo juiz. Aqui está a grande modificação<sup>299</sup>.

A conclusão poderá ser parcial, quando a sanção for aplicada a apenas um dos advogados, e, atenta Gérard Couchez, à parte que ele representa<sup>300</sup>, por consequência lógica. Nesse caso, ocorre, para aquele advogado, a preclusão para prática de todos os atos consecutivos, sendo encerrada a instrução em face dele<sup>301</sup>.

Ou seja, ordem de conclusão pode ser parcial, e, nesse caso, o juiz poderá se retratar, para abrir à parte contrária a possibilidade de se manifestar sobre eventuais atos praticados pela outra parte após a determinação de conclusão. Note-se que a preclusão parcial atinge apenas uma das partes, o que implica raciocinar que a outra parte, não atingida pela penalidade, poderá perseguir na produção de provas e argumentações. Sendo assim, apresentados atos que requeiram estabelecimento de contraditório, o juiz poderá se retratar da conclusão e abrir vistas à parte *ex adversa* até então penalizada<sup>302</sup>.

A conclusão parcial foi instituída pelo Decreto de 28 de dezembro de 2005. Antes deste decreto, ao juiz caberia decidir pelo envio ao tribunal ou a conclusão da instrução.

<sup>298</sup> MOTULSKY, Henri. *Écrits, études et notes de procédure civile*. Ob. Cit., p. 242.

<sup>299</sup> A previsão expressa reside no artigo 780 do código processual francês, cuja redação segue transcrita: “Art. 780. Si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le renvoi devant le tribunal et la clôture de l'instruction peuvent être décidés par le juge, d'office ou à la demande d'une autre partie, sauf, en ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser par ordonnance motivée non susceptible de recours. » Em tradução livre da autora : « Se um advogado não cumprir as etapas processuais dentro do prazo, o envio para o tribunal e o encerramento da instrução poderão ser decididos pelo juiz, de ofício ou a pedido da outra parte, ressalvada, no último caso, a possibilidade de o juiz a recusar por despacho fundamentado, do qual não cabe recurso.”

<sup>300</sup> In *Procédure Civile*. Ob. Cit. P. 305.

<sup>301</sup> TORQUATO, Davide. *Di alcuni clichés in tema di calendario del processo e calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.* Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. 4/2010. p. 1241.

<sup>302</sup> Decerto, o procedimento seria mais eficiente se viesse acompanhado de pena de confissão, além do efeito da revelia do direito pátrio consistente na ausência de notificação acerca da prática de atos processuais – artigo 322 do código de processo civil brasileiro.

Houve, pois, o fortalecimento dos poderes do magistrado, a fim de que alcançasse maior respeito das partes ao processo.

Em qualquer caso, a determinação de conclusão prescinde de fundamentação e não é passível de recurso<sup>303</sup>. A decisão de conclusão, portanto, marca o encerramento da fase de instrução de maneira mais formal do que a sua abertura.

Determinada a conclusão integral, o efeito deste ato processual é radical, haja vista que, depois, dele nenhuma petição poderá ser depositada, nem mesmo produzida nenhuma prova que ampare as alegações das partes. Acaso apresentadas, serão indeferidas em ato praticado de ofício pelo juiz<sup>304</sup>. Para que não haja, então, alegação posterior de violação aos direitos fundamentais processuais das partes, a norma processual previu que, antes da *ordonnance de clôture* (que é a determinação de conclusão do processo ou conclusão da instrução), sejam notificadas as partes através dos seus advogados para que, querendo, pratiquem os atos processuais que entenderem necessários<sup>305</sup>.

Importa mencionar que a conclusão-sanção é uma faculdade do juiz<sup>306</sup>. Ao magistrado caberá a análise da oportunidade de tomar *ex officio* esta medida; de igual sorte deverá agir quando instado pela parte a se pronunciar sobre a aplicação desta penalidade. A decisão do juiz de não aplicar a penalidade, nesse caso, é irrecorrível.

Como visto, a retratação não é vedada. O juiz poderá se retratar da decisão de conclusão de ofício ou quando são apresentadas novas manifestações ou demandas da parte contrária, a fim de possibilitar o contraditório – hipótese já referenciada. Mas poderá também se retratar na hipótese de causa grave, devidamente justificada<sup>307</sup>.

Não havendo outras promoções a serem apresentadas pelas partes, o juiz declarará a conclusão e determinará o envio dos autos para o tribunal, o que implicará, inexoravelmente, conclusão total do feito.

Couchez e Lagarde<sup>308</sup> sublinham que esta sanção apenas poderá ser aplicada no caso de apenas o advogado de uma das partes descumprir os prazos; sendo o advogado de

<sup>303</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. P. 238.

<sup>304</sup> A ordem de conclusão, em que pese se apresente como uma ferramenta inovadora no direito processual francês, pouco significa para o processo brasileiro. É que o processo francês passava pela necessidade de revisão do seu sistema de preclusões, na medida em que era considerado uma “coisa das partes”. O sistema brasileiro impede, desde o encerramento da instrução, a apresentação de novas provas e, após a apresentação das razões finais, de outras petições e alegações.

<sup>305</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 238.

<sup>306</sup> Gérard Couchez, Xavier Lagarde mencionam expressamente que este ato processual é “simples” faculdade do juiz. O texto, no original, enfatiza que: « La ‘clôture-sanction’ est une simple faculté pour le juge de la mise en état (...) ». **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 304..

<sup>307</sup> A previsão reside no artigo 780, alínea 2 do código de processo civil.

<sup>308</sup> In **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 306.

ambas as partes, não poderá ser hipótese de aplicação da penalidade e, sim, de conclusão integral do feito. Ou seja: se nenhum dos advogados cumpre os prazos que lhes são assinalados, o juiz poderá, de ofício, determinar o encerramento da instrução. Nesse caso, portanto, ele possui uma arma similar, e poderá, de ofício, após a intimação dos advogados das partes, despachar pelo fim da instrução, ato este que não será passível de recurso.

Uma cópia dessa determinação de encerramento será endereçada a cada uma das partes, por correspondência simples endereçada ao seu domicílio ou residência.

O procedimento de encerramento da instrução traz conceitos importantes também para o nosso direito. A constituição do juiz de instrução fortifica o sistema de preclusão processual, que implica concluir que há maior o respeito e atendimento aos prazos do calendário e, igualmente, à ordem de encerramento e conclusão (*ordonnance de clôture*).

Repise-se que esse encerramento da instrução tem um efeito particular, haja vista que, depois dessa decisão, não mais serão admitidas manifestações das partes, nem produção de novos meios de prova. As peças apresentadas após esse despacho não serão admitidas, podendo o juiz declarar a inadmissibilidade de ofício.

Esta solução era necessária. Historicamente<sup>309</sup>, era preciso atingir o objetivo que fora perseguido na origem legislativa da previsão de uma decisão de conclusão. A finalidade, neste período, era condenar os abusos que eram praticados pelas partes no processo – referenciados nas primeiras linhas deste item – o que conferiu, ao magistrado de *mise en état*, o poder a esta decisão enérgica de concluir a instrução.

Assim é que, a ordem de conclusão, como faculdade do juiz, foi uma mudança reputada importante pela doutrina, tendo em vista que foi decisiva no combate aos abusos cometidos nas apresentações de petições e manifestações. Motulsky<sup>310</sup> relata que, desde a implantação da primeira reforma conferindo este poder ao magistrado, já foi possível perceber a diminuição dos abusos cometidos.

Importa salientar que a primeira audiência funciona como um ponto de partida para a aplicação desta previsão legal.

Não se afasta do fato de que, por vezes, esta decisão pode se mostrar muito rigorosa. Daí a previsão de algumas hipóteses em que novas manifestações das partes serão

---

<sup>309</sup> O dado é trazido por Couchez e Lagarde, que afirmam que: “Une telle solution était nécessaire dès lors que l’on voullait atteindre l’objectif dont la poursuite est à l’origine de la prévision d’une décision de clôture : à partir du moment où l’on voullait condamner les abus antérieurs et accélérer le cours du procès, on ne pouvait qu’attacher à l’ordonnance par laquelle l’instruction est déclaré close l’effet énergique indiqué. » In **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 306.

<sup>310</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, etudes et notes de procédure civile**. Ob. Cit. p. 242.

excepcionalmente admitidas, mesmo depois desta decisão, ou mesmo a possibilidade de retratação pelo juiz.

Assim, em caráter de exceção, mesmo depois de declarado o encerramento da instrução – ou mesmo depois de proferida a “ordonnance de clôtüre” –, são recebidas as demandas de intervenção voluntárias, as conclusões sobre rendas, juros, mora e outros pagamentos devidos feitos até a abertura dos debates, quando o seu desconto não possa ser objeto de nenhuma contestação substancial. Outra hipótese em que serão aceitas novas manifestações ocorre quando estas conclusões têm finalidade de fazer retornar o processo no estado em que se encontrava no momento da interrupção<sup>311</sup>.

Assim, a regra é que, após a ordem de encerramento, o processo é enviado para as argumentações orais, em audiência. A audiência é fixada na data mais próxima possível, haja vista a impossibilidade de engessar, na lei, um prazo a ser observado, que estaria estritamente entre esses dois acontecimentos. O tempo será, mais uma vez, fixado de acordo com a complexidade do feito<sup>312</sup>.

Assim, o sistema adotado tem a finalidade de conciliar o desejo de não fixar uma data muito longínqua para audiência, com o desejo de permitir que o juiz se valha da ordem de conclusão para controle efetivo dos abusos das partes.

#### d.1. Revogação da ordem de encerramento

Em regra, a decisão de conclusão se mostra irrecorrível. Já se viu a possibilidade de retratação pelo juiz. Acresce-se, então, que há possibilidade de revogação da decisão de conclusão – prevista no artigo 783, alínea 2 do código de processo. Isso porque, em certos casos, podem ocorrer fatos graves o suficiente para motivar a revogação do encerramento da instrução<sup>313</sup>.

O texto legal deixa evidente, portanto, que a revogação é algo excepcional e fundamentado – artigo 784 – haja vista que a regra é a irrecorribilidade. O termo causa grave é amplo, por isso, a doutrina<sup>314</sup> constatou que a causa grave é uma questão de fato que, posta à apreciação do juiz, demandará o seu entendimento acerca da possibilidade de revogação do encerramento da instrução. Disso se subtrai que o caráter suficientemente grave para justificar

<sup>311</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. P. 306.

<sup>312</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 243.

<sup>313</sup> Há a necessidade de um pedido formal para esta revogação, valendo-se das “conclusions” (similar às razões finais do procedimento brasileiro) e não apenas de uma petição simples, fato este que é frisado por COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 307.

<sup>314</sup> A definição é encontrada em COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 307.

a revogação da decisão de encerramento da instrução é um fato revelado após a decisão de encerramento<sup>315</sup>.

Esclarece a lei, no entanto, que a mera constituição de advogado após a determinação de encerramento da instrução não significa fato suficiente para a análise acerca da conclusão do feito. Até mesmo a intervenção voluntária apresentada após a conclusão apenas implicará revogação da ordem de encerramento se o tribunal não puder julgar diretamente a causa.

Nota-se que o texto legal demonstra a ausência de vontade, do legislador, em permitir a revogação desta ordem de conclusão. Couchez e Lagarde<sup>316</sup> apontam para o fato de que, na prática, a aplicação deste dispositivo não se mostra tão rígido quanto pretendeu o legislador. Os juízes de *mise en état* preferem não manter a decisão ao argumento de que o julgamento posterior ficará menos sensível aos recursos, opostamente ao que ocorre quando o juiz fica indiferente aos novos elementos juntados. Evita-se, pois, gerar nulidade no processo, o que implica retardar o andamento processual, de toda sorte.

O objetivo da lei, entretanto, foi limitar a possibilidade de revogação, com vistas a diminuir a duração do processo. O artigo 779 cuidou de prever que entre o encerramento da instrução e o início da audiência deve haver o mínimo de tempo possível, como já visto.

O pedido de revogação ou a determinação de revogação de ofício é de competência do julgador que estiver no controle da demanda no momento da apresentação das “causas graves” que justificam a revogação.

Assim, mesmo após a determinação de encerramento da instrução, o magistrado de *mise en état* permanecerá vinculado à causa até o momento da abertura dos debates ou até a data fixada para o depósito das contestações pelos advogados, o que ocorre quando o feito não requer argumentações, sendo dispensados os debates. Nesse caso, caberá a este magistrado decidir sobre a revogação ou não. O ato de revogar, nesse caso, será uma decisão motivada.

#### 4.1.3 A competência do magistrado de *mise en état*

---

<sup>315</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 190.

<sup>316</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 307. Nas palavras dos autores : « La pratique ne paraît pas toujours témoigner de la même rigueur que les textes. Les magistrats de la mise en état (ou certains d’entre eux au moins) préfère par fois ne pas maintenir la décision de clôture au motif que le jugement que sera ultérieurement rendu par le tribunal en tenant compte des éléments les plus récents (et de la discussion de ses éléments évidemment) sera moins exposé à un appel que celui qui serait intervenu en faisant abstraction desdits éléments. »

Conforme já ventilado linhas atrás, nos procedimentos perante o Tribunal de Grande Instância, operou-se uma cisão entre a fase de instrução e a fase de julgamento, o que conduziu à existência de competência exclusiva para este magistrado, em algumas situações processuais<sup>317</sup>.

Diante disso, as partes não poderão apresentar as demandas explicitadas no artigo 771 do código de processo diretamente para o juiz de mérito, a menos que tenham surgido após a finalização da instância de instrução. O conteúdo deste artigo é de estabelecimento de competência exclusiva do juiz de instrução, desde a sua designação até o seu desligamento.

Em outras palavras, ficarão preclusas as matérias de competência exclusiva do juiz de instrução, quando não arguidas antes do encerramento da instrução, salvo se decorrentes de fatos posteriores a esta.

A dificuldade inicial foi a determinação do ponto de partida desta competência, que variava de acordo com a instância do processo. Difícil, mas de crucial importância, na medida em que o momento exato de designação do juiz de *mise en état* em uma determinada demanda constitui o ponto de partida de algumas de suas competências exclusivas<sup>318</sup>.

Dorsner-Dolivet<sup>319</sup> nos informa que a competência se iniciava a partir do momento em que o juiz era designado. Ou seja, a sua competência se inicia com a sua designação para a causa – que ocorre, como visto alhures, a partir da distribuição do feito para juízes designados especialmente para este fim, ou para algum componente da turma julgadora.

A redação deste artigo sofreu reformas desde a proposta inicial, apresentada com o código de processo civil em 1976. As reformas foram operadas pelos decretos de 1998, 2004 e 2005<sup>320</sup>.

Como dito, se o procedimento de *mise en état* é o procedimento ordinário – a partir do momento em que a parte deve se justificar para ter direito ao procedimento com

<sup>317</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. P. 238/239. O artigo 771 do código de processo civil esclarece quais atividades são exclusivas do juiz de instrução, ficando outro tribunal expressamente excluído de exercê-las. Eis a redação do dispositivo: « **Art. 771.** Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour : 1. Statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ; 2. Allouer une provision pour le procès ; 3. Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522; 4. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ; 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction. » Deixo de fazer a tradução literal na medida em que cada um destes poderes foi analisado pontuadamente.

<sup>318</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 180.

<sup>319</sup> DORSNER-DOLIVET, Annick. **Les incertitudes de la mise en état dans la jurisprudence**. Ob. Cit. p. 23.

<sup>320</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 238/239.

audiência – tem-se, conseqüentemente, que é aplicado nos tribunais de direito comum, aos quais é conferida uma competência de princípio (o tribunal de grande instância)<sup>321</sup>.

Assim, o momento de fixação da competência, advindo da designação do juiz, em verdade, segundo o artigo 763<sup>322</sup> do código de processo francês, ocorre quando o presidente do tribunal envia, ou não, o feito diretamente para audiência – exatamente o que significa que as demandas sejam postas em estado de serem julgadas mediante instrução processual prévia, é dizer, “mises en état”.

Inicialmente concebido com competência unicamente para decidir sobre as exceções dilatórias e sobre as nulidades de vício de forma, além das medidas provisórias e medidas de instrução, foi acrescido o poder para decidir sobre as exceções de processo e todos os incidentes que tenham por finalidade por fim à instância.

A reforma de 1998 estendeu a competência para que fosse responsável por julgar todas as exceções processuais – e não apenas aquelas que implicassem extinção da instância, como antes previsto.

Na sua redação atual, o artigo 771 elenca as competências do magistrado de *mise en état*, esclarecendo que, desde a sua nomeação até o seu desligamento<sup>323</sup>, esta competência é exclusiva deste juiz. Assim, o marco inicial da competência deste magistrado foi esclarecido pelo texto normativo atual: no momento da sua designação.

A primeira destas competências refere-se à decisão sobre as exceções de procedimento e sobre os incidentes pondo fim à instância. Diante dessa previsão, as partes não poderão apresentar exceções e incidentes posteriormente, salvo se referentes a fatos ocorridos após finalizada a fase de instrução.

É dizer: gestor da fase de instrução, o JME tem a competência exclusiva para o julgamento de todas as exceções e incidentes ocorridas durante a sua designação. Exatamente por isso, é neste momento que a parte deve apresentar todas as irresignações que entender pertinentes, sob pena de não mais poder apresentá-las. O texto normativo, por óbvio, resguarda a hipótese em que o fato seja posterior ao desligamento deste magistrado, o que o torna fato novo e permite a sua apresentação ao juiz de mérito.

O segundo ponto de competência está em atribuir um provisionamento para o processo. Em seguida, pode ele acordar um provisionamento ao credor, desde que a existência da obrigação não seja seriamente contestável.

---

<sup>321</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 56.

<sup>322</sup> “Art. 763. L'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle a été distribuée.”

<sup>323</sup> O seu desligamento ocorre no momento da abertura dos debates ou até a data fixada para o depósito dos dossiês dos advogados – inteligência do artigo 779, alínea 4 do código processual civil.

Cumprirá, ainda, ao magistrado de *mise en état* o poder de determinar todas as medidas provisórias, à exceção das apreensões provisórias, hipotecas e penhoras provisórias, bem como fica a ele vedado modificar ou completar, em caso de superveniência de fato novo, as medidas que já foram ordenadas.

Por fim, a este juiz incumbe determinar todas as medidas para a instrução, o que poderá fazer de ofício. Repise-se que a criação deste magistrado teve por finalidade retirar do processo civil a carga de tratar-se de um processo exclusivamente acusatório. O magistrado gestor pode influenciar na formação de provas e, conseqüentemente, poderá determinar a sua produção.

Na interpretação da norma, a corte de cassação esclareceu que o conselheiro de *mise en état* apenas poderia conhecer as exceções e incidentes relativas à instância de apelação. Assim, repartidos os dois magistrados entre juiz de instrução e conselheiro de instrução, a este segundo apenas são possíveis questionamentos que tenham relação direta com a instância de apelação, ficando preclusas as demais questões, ainda que relativas à instrução anterior.

Cabe uma observação. No que se refere à primeira competência apresentada, especificamente no tocante ao julgamento dos incidentes que põem fim à instância, seriam unicamente aqueles que versassem apenas sobre processo – seja porque a parte não tem ou não tem mais o direito de agir<sup>324</sup>. Não se reconhece, portanto, qualquer competência para a análise da questão de fundo<sup>325</sup>. A corte admite, então, que o juiz tem competência para análise de algumas questões de mérito – porque algumas questões processuais têm relação com o mérito da demanda –, ficando privado apenas da análise da questão de fundo, mesmo porque é inegável que, na sua atividade, há causas de extinção da instância que ultrapassam a simples questão processual.

Uma das reformas apresentadas no relatório de 24 de maio de 2008 foi referente à admissibilidade de recurso, ou apelo. Diferentemente do juiz de *mise en état*, o conselheiro (CME), porque tem a sua competência limitada ao tribunal de apelação, é competente para resolver todas as questões relativas à admissibilidade do recurso<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 239.

<sup>325</sup> A corte esclareceu que o magistrado de *mise en état* tem a sua competência limitada, nesses casos, às matérias dos artigos 384 e 385 do código. O primeiro artigo menciona que há extinção da instância quando ocorre a transação, a aceitação, o abandono da ação, ou, no caso de ação intransmissível, pela morte da parte; o segundo refere-se às hipóteses em que há o reconhecimento da perempção, abandono de instância ou a caducidade da citação. A decisão é citada por DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 239.

<sup>326</sup> É o que se observa do art. 911 do código de processo, com a seguinte redação original: “Le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à

Nessa missão, cumpre ao magistrado analisar, no remédio apresentado, a eventual caducidade do recurso<sup>327</sup>, os seus requisitos de admissibilidade, além de resolver todas as questões atinentes a esta admissibilidade. Esta competência lhe é exclusiva, igualmente, desde a sua designação até o seu desligamento e envio do processo para julgamento.

A ausência de questionamento, neste momento processual, das questões de admissibilidade do recurso pelas partes, implicará preclusão em relação às matérias que, já existentes, não houverem sido alegadas. É certo, entretanto, que tratando-se de matéria que surge após o desligamento deste conselheiro, elas poderão ser suscitadas perante o órgão julgador da questão de mérito. O estabelecimento da competência e a missão das partes é similar à competência do juiz de *mise en état*.

O artigo 914 do código de processo civil francês chama atenção para o fato de que esta decisão do conselheiro de *mise en état*, concernente à admissibilidade ou não do apelo, tem efeito de coisa julgada em face da matéria processual da admissão do recurso.

Assim, a declaração de admissibilidade comporta decisão irrecorrível, na medida em que não se trata de decisão que põe fim à instância; conseqüentemente, a eventual argumentação de inadmissibilidade do recurso não acolhida poderá ser renovada no momento do julgamento do mérito.

#### 4.1.4 O papel das partes no procedimento de “mise en état”

Para que o procedimento tenha sucesso, é dever das partes que façam a jurisdição conhecer suas pretensões e as argumentações sobre as quais repousam. Já restou evidenciado nas linhas precedentes que as partes têm o dever de cooperação. Vai além. As partes têm que apresentar todos os seus argumentos e manifestações durante a instrução processual, sob pena de não poder apresentá-los depois. Para o sucesso desta finalidade, o procedimento previu a realização de conclusões ou manifestações escritas pelas partes<sup>328</sup>.

Essas manifestações são organizadas em duas partes. A primeira parte consiste nos “motivos”, na qual o requerente desenvolve a argumentação sobre a qual repousam as

---

la recevabilité de l'appel.” Em tradução livre da autora : « O conselheiro de instrução é competente para declarar inadmissível o recurso e decidir nesta ocasião qualquer questão relativa à admissibilidade do recurso”.

<sup>327</sup> O termo em francês é “caducité”, mas o seu conceito se aproxima mais da intempestividade, no direito brasileiro.

<sup>328</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 297. Pode-se aventar da similaridade destas conclusões com as petições, no nosso sistema. O direito brasileiro, em que pese apresente nomenclatura diversa, requer da parte a apresentação de petições – inicial, contestação, réplica, e assim, sucessivamente. As conclusões, portanto, são manifestações das partes, escritas, no processo; no direito pátrio, petições.

suas pretensões. Em seguida, a parte deve apresentar as “conclusões”, momento de afirmar o que é demandado do poder judiciário e sobre o que esta demanda se estatui<sup>329</sup>.

Apresentadas as próprias manifestações, as partes terão conhecimento das conclusões da parte contrária.

As primeiras conclusões são aquelas contidas nos atos de introdução da instância ou de responder ao início da demanda – como visto, são os atos processuais em que desenvolvem as argumentações sobre as suas pretensões. Nestas primeiras conclusões também, cumprirá às partes invocar as eventuais exceções procedimentais – que devem ser apresentadas no início do processo.

Nas últimas conclusões, as partes devem apresentar o seu interesse de fixar o quadro do processo. É a partir destas conclusões que convém regulamentar as questões de competência do tribunal e taxas judiciárias eventualmente aplicáveis ao feito. Quando o advogado deposita diversas manifestações, ele deverá, nestas últimas conclusões, renovar as alegações, pretensões e meios invocados nas manifestações anteriores, sob pena de serem reputadas abandonadas as argumentações anteriores<sup>330</sup>.

A necessidade de renovar as argumentações anteriores foi incluída com o Decreto de 28 de dezembro de 1998, que, alterando a redação do artigo 753 do código, exigiu esta renovação, sob pena de serem desconsideradas as manifestações anteriores. Como visto, uma vez não renovadas, serão reputadas abandonadas pelo julgador no momento de julgar. Sendo assim, o julgador se valerá, apenas, das “últimas conclusões” para atingir o seu julgamento<sup>331</sup>.

A intenção do legislador foi clara: tendo em vista que múltiplas pretensões foram formuladas, e múltiplos meios de prova invocados, nas mais variadas petições, é imposta uma recapitulação final pela parte, reunindo todas as suas alegações em uma só peça. O legislador pretendeu, assim, a celeridade do processo<sup>332</sup>.

A intenção do legislador se esclarece na medida em que a previsão do artigo 954 do código francês de processo civil, anteriormente, contemplava uma apresentação facultativa destas últimas conclusões – similar ao que ocorre no direito processual brasileiro. Assim, na

---

<sup>329</sup> A determinação encontra-se contida no art. 753 do Código de Processo Civil Francês, com a redação a seguir: “Les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée”. Em tradução livre da autora: “As petições devem formular expressamente as pretensões das partes, assim como os meios de fato e de direito sobre os quais cada uma destas pretensões se fundamenta.”

<sup>330</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 183.

<sup>331</sup> O dado histórico e a importância da alteração são encontradas em COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 298. A redação do artigo francês, no original, encontra-se transcrita na NR 329 e interpretada no corpo do texto.

<sup>332</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 182.

redação do novo código de processo, houve o intento de economizar não apenas as conclusões das partes, mas o tempo do julgador, que ficará adstrito à análise das últimas conclusões, na medida em que as demais serão consideradas abandonadas.

A corte de cassação, entretanto, precisou que apenas as manifestações que determinam o litígio ou que suscitam um incidente de natureza a pôr fim à instância são submetidas à regra da recapitulação. Isso não se aplica, todavia, às manifestações sobre um incidente suscitado pela parte contrária, ou a uma exceção de nulidade de notificação ou, ainda, aquelas que contêm uma confissão jurídica<sup>333</sup>.

A sanção de desconhecimento das alegações não renovadas é grave e rígida: ficará proibida a nova alegação em apelação.

Da forma como exposto, as primeiras manifestações se prestam ao estabelecimento da instância, após o que a parte apresentará a sua segunda manifestação, que funciona como razões finais, porque apresenta as argumentações e requerimentos que permitem atingir o julgamento.

Aliás, é inegável a importância destas conclusões, inclusive porque nelas as partes devem apresentar as suas últimas alegações, os meio apresentados ou invocados nas suas conclusões anteriores, o que permite que o magistrado julgador tenha ciência geral do processo e dos requerimentos.

#### **4.1.5 A coisa julgada e o procedimento de *mise en état***

A cisão das fases de instância e a concessão de autonomia à fase de instrução – fase de *mise en état* – implica modificação do regime de coisa julgada aplicável às decisões deste magistrado. As decisões não se limitam a preparar o julgamento de mérito, mas têm reflexos diretos sobre esta decisão.

Foi preciso, portanto, selar a dissociação entre as fases do procedimento. Falar-se em autonomia das fases apenas faria sentido se fossem, verdadeiramente, desligadas uma da outra.

Aplicando-se, então, esta necessidade à configuração do processo que é iniciado com o procedimento de *mise en état*, foi conferida à decisão do magistrado, nesta fase do feito, autoridade de coisa julgada, que vigorará por todo o processo.

---

<sup>333</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 184.

Fora conferido um novo papel à coisa julgada<sup>334</sup>. Era necessário o estabelecimento deste novo papel, sob pena da celeridade ganhar o lugar da qualidade, porque era preciso limitar as instâncias sucessivas.

Destarte, a reforma Magendie 2<sup>335</sup> atentou para a necessidade de limitação das demandas sucessivas. Nesse contexto, considerou impossível que a parte apresentasse o mesmo pedido já julgado, sob novo fundamento. O primeiro argumento é a necessidade que tem a parte de apresentar, de uma só vez, todos os meios e argumentações que fundamentam o seu pedido. A parte não pode alegar novo fundamento que se absteve de apresentar no tempo correto; disso conclui-se que incumbe ao demandante apresentar, desde a propositura, todos os fundamentos e meios para a comprovação do seu direito<sup>336</sup>.

A consequência essencial deste entendimento repousa na impossibilidade de apresentar uma nova causa, porque haveria coisa julgada sobre a instância inicial – a instância de instrução.

No procedimento de *mise en état*, a coisa julgada funciona como um instrumento de grande utilidade para a aceleração do processo. Ao estender os domínios da coisa julgada, o legislador liberou os juízes de mérito de um conjunto de questões que, não fosse isso, seria demandada sua pronúnciação.

Mas nem todas as decisões do magistrado de *mise en état* comportam a autoridade da coisa julgada. O artigo 775 do código de processo francês elenca quais decisões deste juiz terão a força em questão. Esclarece o citado dispositivo que apenas as decisões que julgam as exceções processuais e os incidentes que põem fim à instância serão acobertadas pelo manto da coisa julgada.

É mantido o princípio de que as decisões do magistrado de *mise en état* não vinculam o magistrado responsável pelo julgamento do mérito, além de, em regra, não terem o condão de formar coisa julgada<sup>337</sup>. Entretanto, naquilo que concerne ao procedimento, a ideia é oposta: as decisões do magistrado de *mise en état* serão impostas aos magistrados perante os quais são apresentadas as questões de fundo<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 241,

<sup>335</sup> A reforma foi chamada de “Magendie”, porque a coordenação dos trabalhos, em 2005 e em 2008 foi realizada por Jean-Claude Magendie. Assim, é chamada de reforma Magendie 1 aquela que teve lugar em 20 de dezembro de 2005, e Magendie 2 a reforma promulgada em 2008. MAGENDIE, Jean-Claude. **L'effectivité des droits passe par des procédures adaptés**. Ob. Cit.

<sup>336</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 242.

<sup>337</sup> A redação do caput do artigo 775 é de clareza solar em mencionar que as decisões do juiz de *mise en état* não terão autoridade de coisa julgada, em regra. “Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance”.

<sup>338</sup> DOUCHY-OU DOT, Mélina. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 242.

Fica, portanto, apartado o procedimento, em fases cindidas. Pode-se dizer que o direito substancial a cargo dos juízes de mérito e o direito processual a cargo do magistrado de *mise en état*. Isso, todavia, não significa concluir que o magistrado de mérito não possui competência processual, na medida em que tem competência para a análise da admissibilidade dos recursos, ou de exceções processuais e incidentes que surgem por eventos posteriores à finalização da instância de instrução processual<sup>339</sup>.

#### 4.1.6 As decisões da instrução e os recursos cabíveis

Genericamente consideradas, as decisões preparatórias com a finalidade de formar a instrução – seja para determinar uma medida preparatória, seja por se tratar de uma decisão de questão provisória – não podem sofrer recurso, salvo nas hipóteses expressas de lei<sup>340</sup>.

O artigo 773 do código francês de processo civil<sup>341</sup> prevê um princípio de que as decisões tomadas pelo juiz de *mise en état* serão objeto de simples menção ou registro nos autos, devendo ser notificados os advogados destas decisões. Ou seja: em princípio, as medidas tomadas pelo juiz de *mise en état* não são motivadas porque elas são objeto de um simples despacho nos cadernos processuais (*dossier*), sendo os advogados notificados, sem sanções impostas<sup>342</sup>. A regra, portanto, é de irrecorribilidade destas decisões – e, tratando-se de uma regra, há decisões das quais caberão recursos, como se verá a seguir.

As decisões do magistrado encarregado da instrução são preparatórias ao julgamento do mérito e, exatamente por isso, em regra não fazem coisa julgada – tema tratado no item precedente, quando ficou explicitado que a coisa julgada refere-se apenas a incidentes processuais e incidentes que põem fim à instância. Sendo assim, não podem ser passíveis de recurso, senão após prolatada a decisão final de mérito.

Isso não afasta o fato de que o juiz de instrução, no cumprimento de sua missão preparatória, em decisão fundamentada, julgue os incidentes processuais a ela referentes. Ou seja: em que pese nem todas as suas decisões sejam acobertadas pelo manto da coisa julgada, é certo que, em regra, elas não estarão disponíveis aos recursos das partes. Essa compreensão

<sup>339</sup> A regra encontra-se prevista no artigo 771, 1o, do código de processo civil francês, já analisado no item oportuno.

<sup>340</sup> A previsão encontra-se no art. 545 do código de processo, cuja previsão expressa dá-se nos seguintes termos: “Les autres jugements ne peuvent être frappés d’appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi”. “Os outros julgamentos não poderão ser objeto de recurso, independentemente das sentenças de mérito, senão nos casos previstos em lei” (tradução livre da autora).

<sup>341</sup> A redação do artigo, em tradução livre da autora segue transcrita: Art. 773. As medidas tomadas pelo juiz de instrução são objeto de simples menção no processo, devendo ser notificados os advogados.

<sup>342</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 187.

implica concluir que, nem por um motivo, nem por outro, o magistrado não se furtará a proferir a sua decisão, quando necessário.

Por isso, foi criado um regime derogatório<sup>343</sup> para as decisões do magistrado de *mise en état*, mas apenas para aquelas que encontram-se passíveis de fazer coisa julgada. O decreto de 28 de dezembro de 2005 conferiu às decisões que versam sobre exceções procedimentais ou incidentes processuais a autoridade de coisa julgada. Ao assim proceder, foi necessário, igualmente, modificar as modalidades de recursos possíveis contra estas decisões. A reforma tinha que guardar coerência e, assim, ao conferir os efeitos da coisa julgada, permitiu, na outra mão, a apresentação de recurso de pela parte.

A previsão adveio com a reforma do artigo 776 do código<sup>344</sup>. Inicialmente, não era admitido qualquer recurso imediatamente – como já referenciado, o recurso seria manejado quando apresentado contra a decisão de mérito. Este conceito permite concluir que, em verdade, a previsão não é de ausência de recurso, e sim de recorribilidade mediata. Conclusão disso é que, em regra, as decisões do magistrado de instrução não podem sofrer recurso de apelação ou de cassação, senão após o julgamento do mérito. Assim, para poder valer-se da via recursal para impugnar as decisões proferidas durante a instrução, a parte deve aguardar a decisão de mérito.

Isso implica que não são passíveis de oposição, contradição e serão afrontadas por recurso apenas ao final<sup>345</sup>.

Destarte, de acordo com este dispositivo, as decisões, em regra, são irrecorríveis de imediato. Assim, o recurso será possível imediatamente, de forma excepcional, nas hipóteses previstas em lei, assim como naquelas elencadas no próprio dispositivo mencionado.

<sup>343</sup> O termo é citado em DOUCHY-OU DOT, Méline. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 242.

<sup>344</sup> A redação original do artigo citado indiretamente é a seguinte: “Art. 776. Les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles d'opposition.

Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond.

Toutefois, elles sont susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévus en matière d'expertise ou de sursis à statuer.

Elles le sont également, dans les quinze jours à compter de leur signification, lorsque :

1° Elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ;

2° Elles statuent sur une exception de procédure ;

3° Elles ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps ;

4° Dans le cas où le montant de la demande est supérieur au taux de compétence en dernier ressort, elles ont trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier au cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.”

<sup>345</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 187.

A primeira hipótese consiste na decisão sobre incidente que põe fim à instância, seja porque o seu efeito é de finalizar a instância, seja porque apenas declaram a extinção desta. Em segundo plano, podem decidir uma exceção processual. A terceira espécie de decisão refere-se às medidas provisórias deferidas em matéria de divórcio ou separação de corpos. Por fim, decisões que versam sobre a fixação de provisionamento pelo credor, quando a demanda supera a taxa de competência, em casos em que a existência da obrigação não é seriamente contestada<sup>346</sup>.

Em resumo, imediatamente, caberá recurso nas seguintes hipóteses: i) das decisões que solucionam um incidente pondo fim à instância, a exemplo da decisão que reconhece a perempção, e daquelas que têm por efeito por fim à instância, a exemplo do que ocorre com a morte de uma parte em ações intransmissíveis, ou as decisões que constataam a extinção da instância, como a constatação da conciliação entre as partes; ii) das decisões que se relacionam sobre exceções de procedimento; iii) das decisões que se relacionam com as medidas provisórias em matérias de divórcio ou separação de corpos; iv) por fim, das decisões que acordam a um credor uma provisão sobre uma obrigação não seriamente contestável, num montante superior à taxa da competência<sup>347</sup>.

O recurso, nesses casos, deverá ser manejado nos quinze dias que sucedem a notificação das partes.

O recurso não se iniciou em texto tão amplo. A previsão inicial, contida no decreto de 28 de dezembro de 1998 exemplificava as hipóteses em que o recurso seria admitido, abarcando tão-somente três situações: exceções de incompetência, litispendência ou conexão.

Há, ainda, que se considerar, conforme exposto no item anterior, que a decisão de inadmissibilidade do recurso do conselheiro de *mise en état* está passível de produzir coisa julgada – mas especificamente quando a decisão não conhece do recurso. Sendo assim, esta decisão poderá ser objeto de recurso imediato<sup>348</sup>.

#### 4.2 DISPENSA DA FASE DE *MISE EN ÉTAT*

O procedimento que dispensa a fase de instrução é chamado de “renvoi à l’audience” e, apesar de modificar unicamente a fase inicial do processo, compõe um

<sup>346</sup> Em sentido similar, temos a redação do artigo 914, 2o do código de processo, desta feita referindo-se ao conselheiro de *mise en état*.

<sup>347</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 188.

<sup>348</sup> DOUCHY-OUUDOT, Méline. **La scission des phases de l’instance: la mise en état**. Ob. Cit. p. 245.

procedimento especial. A finalidade é de ser aplicado para causas simples, para as quais previu a lei a possibilidade de um procedimento no qual não haverá a intervenção do magistrado de *mise en état*.

Daí a previsão de que alguns processos poderão escapar à fase de instrução. Não se nega a importância da fase de instrução do processo, mas também deve-se ter em mente que este momento pode implicar retardamento indevido do feito.

Os artigos 760 e 761 do código de processo tratam do procedimento de envio direto à audiência como o “circuito curto”, que se opõe ao circuito longo, denominação utilizada para os procedimentos de rito ordinário.

Assim, da leitura desses dispositivos depreende-se que o procedimento de envio direto à audiência – circuito curto – foi introduzido para a solução mais célere dos procedimentos. Em verdade, esse tipo de procedimento pode ser invocado cada vez que o processo já se encontre em estado de ser julgado – e, portanto, sendo despicienda a instrução processual profunda. O momento para o requerimento é quando apregoado o processo. Sendo assim, há duas modalidades de envio à audiência diretamente: o primeiro em virtude de o processo encontrar-se pronto para julgamento de mérito; o segundo quando faltar apenas algumas conclusões específicas das partes que, juntadas, compatibilizarão o processo com esse momento<sup>349</sup>.

Após o envio para o cartório da cópia do ato que introduz a demanda (petição inicial), serão fixados dia e hora em que o processo será apregoado. No dia fixado, o presidente da turma para a qual o feito fora distribuído, deverá conferir o estado da causa com os advogados presentes. Ou seja: nesta conferência, ficará constatado se a causa é simples – e, assim, deve ser julgada rapidamente – ou se a causa é complexa.

Sendo a causa complexa, somente através do procedimento normal, supondo uma instrução sob o controle do juiz de *mise en état*, poderá ser utilizado. Para as causas simples, se os documentos já juntados no processo se mostrarem suficientes para permitir ao tribunal decidir, o presidente poderá decidir pelo envio imediato do processo para o julgamento<sup>350</sup>.

Couchez e Lagarde<sup>351</sup> comentam, ainda, que é surpreendente dizer que um processo está pronto a julgamento pouco tempo depois da sua propositura. Mas este entendimento se deve ao fato de que não se pode perder de vista que a petição inicial vale como conclusões para o demandante e que, mesmo não sendo exigido que o autor desenvolva

---

<sup>349</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 180.

<sup>350</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 323.

<sup>351</sup> In **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 323.

todas as suas argumentações desde a peça de ataque de forma detalhada, ele poderá fazê-lo posteriormente. Para tanto, terá entre o dia da sua notificação e a data de realização do pregão do processo para apresentar as demais argumentações que entender necessárias.

Perseguem os autores sublinhando que este procedimento de envio diretamente para audiência pode ser posto em prática mesmo quando, no dia em que o processo é apreendido, ele não se encontrar completamente em estado de ser julgado, mas “quase” em condição de ser julgado.

Ao presidente cumprirá estimar, após verificar o estado da causa com os advogados, que apenas uma última troca de peças ou apresentação de manifestações será suficiente para colocar a causa em estado de ser julgada. Sendo este o caso, o presidente fixará a cada um dos advogados, desde já, o prazo necessário à apresentação de suas conclusões/manifestações. Nesta mesma oportunidade, fixará nova data na qual as partes deverão se apresentar novamente para conferir o estado da causa.

A dispensa da fase de instrução, nesses casos, irá significar a aceleração da instância e, conseqüentemente, a adequação do procedimento. Aqui, mais uma vez, o direito processual previu a adequação a partir do direito material, considerada a prova deste. Sobrelevam-se a efetividade e a duração razoável do processo.

#### 4.3 O CALENDÁRIO PROCESSUAL

Gestor do processo, o magistrado de instrução também se torna o gestor do tempo da instância. As reformas dos procedimentos deram corpo ao artigo 3º do código de processo civil francês, para esclarecer a função do juiz no desenvolvimento do processo, apondo expressamente que “(...) ele tem o poder de repartir os prazos e de ordenar as medidas necessárias”<sup>352</sup>.

A complexidade dos litígios sobre o tempo do processo é implacável. Mas isso não afasta a necessidade de que o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo razoável, o que o faz levando em consideração a necessidade de adaptação do procedimento. O calendário surge para atender à complexidade, a fim de que o tempo do processo seja

---

<sup>352</sup> Tradução livre da autora. O texto original menciona que : « (...) Il a le pouvoir d'impartir lês delais et d'ordonner lês mesures nécessaires ».

proporcional à complexidade da demanda<sup>353</sup>, o que nos dirige à conclusão de que, neste mister, o magistrado dispõe de discricionariedade na fixação dos prazos<sup>354</sup>.

Não consiste o calendário, unicamente, num mecanismo para tratar da duração do processo, mas de um instituto que tem por finalidade definir a qualidade do tempo do processo<sup>355</sup>.

A organização da duração do procedimento é imprescindível para o atendimento aos princípios do processo. Daí que o direito processual buscou a organização do tempo dos debates com a adoção do calendário de processo<sup>356</sup>. A norma introduzida com a reforma de 2005 permitiu, ao magistrado de *mise en état* a determinação dos prazos do processo e, por isso, a doutrina italiana considera este o instituto responsável por consagrar a prática do contrato processual<sup>357</sup>. Nasceram, nesta reforma, duas modalidades de determinação do prazo do processo: de um lado, a norma trouxe o critério geral ao qual deve estar voltado o juiz, quando a regra fixa autonomamente o prazo do processo; de outro lado, residualmente, é ofertado ao juiz, juntamente com o advogado das partes, a possibilidade de valer-se de um calendário de instrução (*calendrier de la mise en état*), fixado em comum acordo.

Motulsky<sup>358</sup> esclarece que não se podia afastar do princípio dos prazos judiciais com a reforma, mas algumas precisões precisavam ser feitas para a fixação destes; a designação dos prazos não poderia ser um ato mecânico, e deveria ser sim individualizado segundo a natureza e a evolução do feito.

O advento da cisão das fases processuais torna a instrução do processo essencial para o julgamento da causa e seu regular desenvolvimento, mas exclusivamente para os feitos cuja instrução se mostre necessária. Tudo isso é analisado na primeira audiência, quando o magistrado fixa o procedimento a ser seguido (se o circuito longo ou curto), bem assim os demais atos processuais que serão praticados. Nesta atividade, irá considerar a complexidade da demanda, a existência de urgência e, por fim, a natureza do processo.

Para efetivar, portanto, a sua missão legislativa, o juiz promoverá o calendário processual, considerado o circuito em que o processo fora inserido. O calendário é fixado pelo juiz, juntamente com os advogados das partes. Nas linhas iniciais restou evidenciado que o

<sup>353</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. p. 82.

<sup>354</sup> TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.** Ob.Cit., p. 1234.

<sup>355</sup> TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.** Ob.Cit., p. 1234

<sup>356</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles....** Ob. Cit. p. 108.

<sup>357</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile**. Ob. Cit., p. 557.

<sup>358</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 238.

magistrado se valerá da cooperação das partes e seus procuradores desde esse momento, porque toda a troca de manifestações será realizada sob a direção do juiz<sup>359</sup>.

Decorrência direta da ampliação de poderes do juiz da instrução, adveio a possibilidade de fixar um calendário que traduza todos os prazos a serem cumpridos pelas partes e seus advogados. Os prazos serão por eles fixados, considerando cada ato do procedimento, cada fase e a necessidade estrita para o cumprimento destes atos<sup>360</sup>. Eis o calendário de *mise en état*, ou calendário processual.

A fixação dos prazos, assim, é feita pelo juiz com certa margem de discricionariedade, considerando a natureza, a urgência e a complexidade da controvérsia<sup>361</sup>. Este estabelecimento de prazos é feito convencionalmente com as partes, consagrando o contrato processual.

Com isso, o decreto de 28 de dezembro de 2005 legalizou a prática judiciária do calendário processual, que pode ser chamado de calendário de *mise en état*<sup>362</sup>. Os autores do decreto mencionado previram a possibilidade do juiz da instrução fixar um calendário, sendo esta possibilidade subordinada à concordância dos advogados em relação ao calendário previsto<sup>363</sup>.

Deste calendário consta o número previsível, bem como as datas das trocas das petições, a data prevista para o encerramento da instrução, dos debates e a data da decisão. Em verdade, o texto do art. 764 do código de processo civil francês<sup>364</sup>, após a reforma de 2005, ampliou a noção de fixação do tempo do processo para que o juiz, juntamente com os advogados das partes, fixasse não apenas as datas, mas os prazos em que as manifestações seriam apresentadas<sup>365</sup>. Ou seja, a norma abandonou a noção de mera fixação de datas, para que o juiz pudesse fixar os próprios prazos processuais. Aqui, mais uma vez, a finalidade estava voltada para ajustar o tempo do processo e conceder ao jurisdicionado a resposta em

<sup>359</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 184.

<sup>360</sup> Os prazos são fixados “au fur et à mesure” da necessidade. MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 239.

<sup>361</sup> TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.** Ob.Cit., p. 1237.

<sup>362</sup> Este é o nome encontrado na lei, artigo 764 do Código de Processo Civil francês.

<sup>363</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit.. A afirmação do autor, no texto original, segue transcrita: “Toutefois, cette possibilité est subordonnée à l’accord des avocats quant au calendrier prévu (...)”.

<sup>364</sup> Art. 764, em tradução livre da autora: “O juiz da instrução fixa, na medida certa, os prazos necessários à instrução do feito, considerando a natureza, a urgência e a complexidade deste, e após a notificação dos advogados”.

<sup>365</sup> O dado é ressaltado por TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.** Ob.Cit., p. 1240.

um prazo eficiente, daí por que deixavam de ser impostos pela lei, para serem concretamente regulamentados pelo juiz<sup>366</sup>.

Sendo assim, com a finalidade de tornar a justiça mais consensual, os protocolos dos atos da justiça são estabelecidos pelo juiz juntamente com os servidores, com o fito de melhorar a qualidade das decisões. O estabelecimento dos prazos tem a finalidade de atender ao princípio de concentração. Concentram-se, nos atos processuais definidos, não apenas as demandas, mas também os meios de fato e de direito, com limitação do número de manifestações. Este é o modelo buscado.

Ou seja, o calendário implica realização de uma previsão dos acontecimentos do processo<sup>367</sup>. A previsão é feita em audiência. As partes, nesse momento de ajuste, participarão da organização da ordem das apresentações das petições, com estimativa das fases de audiência e dos tempos dos debates. O legislador desejou que, no momento da instrução do litígio se estabelecesse, desde então, uma relação de colaboração e confiança entre o juiz e as partes<sup>368</sup>.

Cumprido ao magistrado de *mise en état* o dever de fixar as datas dos debates ou a data do pronunciamento da decisão. Toda a fixação dos prazos levará em consideração não apenas a necessidade das partes, mas o intuito inequívoco de não retardamento indevido do feito<sup>369</sup>.

Estas datas, em princípio, não poderão ser modificadas, senão pelo advento de uma causa grave, que justifique a autorização de uma prorrogação de prazos. Não apenas fixar o prazo, mas ao juiz caberá, também, a faculdade de autorizar prorrogações, observada a natureza, a urgência e a complexidade dos atos processuais.

Isso porque a liberdade de fixar o calendário não significa um poder capaz de superar os princípios processuais vigentes. Assim é que, mesmo contando com a colaboração das partes, a individualização dos prazos apenas será possível se o juiz respeitar os prazos mínimos para o exercício do direito de defesa, sob pena de nulidade processual<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> CADIET, Loïc. **Le process civil à l'épreuve de la complexité**. Ob. Cit. p. 82.

<sup>367</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit. p. 108. Nas palavras do autor : « L'organisation du temps des débats est une préoccupation générale. Elle suppose, au civil comme au pénal, l'adoption d'un calendrier de la procédure qui engage tous les acteurs du procès depuis l'introduction de l'instance (...) »

<sup>368</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé** Ob. Cit. p. 184.

<sup>369</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit. p. 239.

<sup>370</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile**. Ob. Cit., p. 239.

Além da organização do tempo dos debates, será organizado também o conteúdo do debate<sup>371</sup>. O feito deve ser posto em estado de julgamento, sobre os elementos de fato e de direito.

O desrespeito aos prazos fixados dará ensejo às diversas sanções, algumas delas já analisadas.

#### 4.4 O PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA A DIA FIXO

O procedimento a dia fixo é uma figura interessante do direito processual francês. Consiste o procedimento ora tratado em procedimento especial, cuja utilização é fundamentada pela urgência que envolve a demanda. Sendo procedimento especial, a sua utilização é destinada a permitir um julgamento excepcionalmente rápido, haja vista que, nestas hipóteses, o envio da causa ao juiz de mise en état – até então obrigatório – mostra-se contrário ao seu objetivo: a celeridade processual<sup>372</sup>.

Pode-se pensar, imediatamente, na existência, como entre nós, de medidas processuais de urgência, que conduzem ao resultado das demandas mais emergenciais das partes.

Mas aqui, não se trata de decisão provisória, e sim de julgamento do mérito de forma definitiva – ainda que passível de recurso<sup>373</sup>.

Exatamente por isso, consiste em procedimento especial e excepcional, cuja utilização depende de uma autorização do presidente do tribunal – inteligência do artigo 788, alínea 1<sup>374</sup>, do código de processo. Ou seja: para quem pretende se valer deste procedimento, é necessária autorização para demandar contra o seu adversário a dia fixo, sendo esta permissão concedida pelo presidente do Tribunal<sup>375</sup>.

Não se pode perder de vista que o procedimento é especial. A doutrina<sup>376</sup> menciona que o procedimento com dia fixo, acaso generalizado, perderia o efeito pretendido.

<sup>371</sup> CADJET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** Ob. Cit. p. 108.

<sup>372</sup> MOTULSKY, Henri. **Écrits, études et notes de procédure civile.** Ob. Cit. p. 250.

<sup>373</sup> Nesse sentido, COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile.** Ob. Cit. p. 320.

<sup>374</sup> « Art. 788. En cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. Il désigne, s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée. La requête doit exposer les motifs de l'urgence, contenir les conclusions du demandeur et viser les pièces justificatives.

Copie de la requête et des pièces doit être remise au président pour être versée au dossier du tribunal. »

<sup>375</sup> CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile.** Ob. Cit., p. 556

<sup>376</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé.** Ob. Cit. p. 139.

Seria fantasioso imaginar que todos os julgamentos podem ter o procedimento célere e com dia do julgamento previamente marcado.

Por isso mesmo o legislador restringiu o procedimento em exame às hipóteses devidamente autorizadas pelo presidente do tribunal, responsável por analisar, caso a caso, o preenchimento do requisito concernente à urgência da medida. Apenas após esta autorização se desenvolverá a instância sob este procedimento.

A parte deve apresentar o seu requerimento perante o presidente do tribunal, através de petição da qual faça constar os motivos da urgência, o seu fundamento e as provas que justificam. Assim, o requerimento apresentado deve conter as argumentações de mérito da parte e a justificativa para a urgência solicitada. As suas argumentações deverão ser demonstradas da forma mais completa possível, haja vista que, se pretende que o desenvolvimento do processo se opere de forma rápida, ele deve evitar a apresentação de novas petições e manifestações<sup>377</sup>.

Esta manifestação e todas as argumentações da parte autora devem estar acompanhadas das provas sobre as quais se fundam a demanda; deverá ser acostada ao requerimento uma cópia da peça de ingresso, acompanhada dos documentos mencionados nas argumentações, para que formem os cadernos processuais, quando aberto pela secretaria do tribunal<sup>378</sup>.

Recebido o requerimento, o presidente fará a sua análise de aceitação, proferindo decisão acerca do seu convencimento sobre o cabimento da demanda pelo procedimento especializado.

Sendo autorizado o manejo deste procedimento, o presidente fixará, desde já, a data da audiência, a qual poderá ocorrer antes mesmo do prazo regular previsto para outros procedimentos. Nota-se, claramente, que é um procedimento perigoso, no que concerne aos direitos de defesa. Por isso mesmo, o código de processo positivou que, no dia da audiência, o presidente deverá se assegurar de que a parte demandada teve tempo suficiente para a preparação da sua defesa.

Do quanto visto, tem-se que se trata, sem dúvida, de um procedimento especial, para cuja utilização a parte deve apresentar fundamentos. Daí que não devem ser questionados os prazos regulares e ordinários da lei, os quais podem não ter sido respeitados no procedimento acelerado que é estudado.

---

<sup>377</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 139.

<sup>378</sup> Ob. Cit. p. 139.

Fixada a data e a hora da audiência na qual o processo será apregoado, o demandante irá intimar o seu adversário e, assim, realizar a introdução de instância.

É um procedimento muito simplificado, aquele que se abre com esse sistema<sup>379</sup>. Da notificação da parte contrária, prevê a lei, já deverá constar o dia e hora em que o feito será apregoado, bem como a turma no qual ele se encontra. Ainda desta notificação deve constar a informação ao acionado de que, na secretaria da turma, poderá ele ter conhecimento das cópias das peças suscitadas no processo – artigo 789, alínea 1 do código francês de processo – haja vista que apenas a peça de requerimento é juntada à notificação.

Esta notificação implica necessidade do defensor constituir advogado antes da audiência. Todas as regras que envolvem a validade da notificação devem ser atendidas, sob pena de nulidade<sup>380</sup>. Mas, para esta argumentação, cumprirá à parte que alegar esta nulidade comprovar o efetivo prejuízo – é originária do direito francês a máxima “pas de nullité sans grief”.

A fixação da jurisdição ocorrerá com o depósito de uma cópia da intimação cumprida na secretaria do tribunal, que, considerado o conteúdo do artigo 791 do código de processo civil, deve ocorrer antes da data fixada para a audiência, sob pena de caducidade da intimação.

Héron e Le Bars<sup>381</sup> insistem sobre a importância que, neste procedimento, ganham as manifestações e argumentações das partes. Se o demandante pretende que suas demandas sejam analisadas por um juiz em prazo curso, é seu dever fazer de tudo para permitir que o seu advogado tenha tempo hábil para a produção da sua defesa, antes da audiência.

Com vistas a assegurar a solução mais rápida possível do litígio, houve a simplificação do procedimento, que se modifica conquanto tenha a parte constituído, ou não, advogado, até o dia da audiência.

Se houve constituição de advogado, o caso será, em princípio, apregoado no estado em que se encontre, mesmo ausente a contestação do defensor, ou apresentadas estas por simples argumentações orais. Em verdade, constituído o advogado, ele deve apresentar as suas argumentações antes da audiência; entretanto, não o fazendo, não será motivo suficiente para conseguir a remarcação da audiência. As argumentações escritas serão substituídas pelas argumentações orais, apresentadas neste momento processual.

---

<sup>379</sup> Ob. Cit. p. 139.

<sup>380</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 139.

<sup>381</sup> *In Droit Judiciaire Privé*. Ob. Cit. p. 139.

Relembrem Héron e Le Bars, que o legislador abandona o procedimento escrito em favor do procedimento oral para acelerar o andamento da demanda. Nesse caso, o procedimento será julgamento imediatamente. Por este motivo, Motulsky<sup>382</sup> opina que esta primeira hipótese contém a urgência evidente, e por isso, deveria ser a hipótese-regra para este procedimento.

Foi imaginada a possibilidade de o caso concreto ser muito complexo ou delicado para que, não obstante a urgência, os debates orais ocorram no mesmo dia. Ou seja, é possível que o defensor não tenha tido tempo suficiente para a formação da sua defesa e o exercício deste procedimento se torne impraticável<sup>383</sup>.

Para estas hipóteses, a lei previu que, em caso de necessidade – exatamente estes casos especiais – o presidente da turma pode fixar outra data para a audiência, sendo aquela mais próxima possível, ou até mesmo enviar o processo para o juiz de *mise en état*. No último caso, o processo passaria a seguir o procedimento ordinário.

Isso porque, para este procedimento, não foi prevista nenhuma fase específica de instrução<sup>384</sup>. Quando o presidente perceber que já se passou tempo suficiente até a data da audiência, a causa é, em princípio, apregoada e processada no estado em que se encontra.

Nesta segunda hipótese, o feito é diretamente apregoado em audiência. O legislador limitou-se a uma previsão sucinta da audiência, a fim de salvaguardar os direitos de defesa e, ao mesmo tempo, dificultar a utilização de manobras dilatórias que ele pudesse se valer.

Se o defensor não houver constituído advogado, será utilizado o procedimento de envio à audiência – já estudado linhas atrás – quando ocorre a dispensa da fase de instrução.

Não há previsão legal de cada situação específica que pode se apresentar ao presidente do Tribunal. Note-se que, mesmo com advogado, será ou não possível a remarcação da audiência, o que depende da análise do julgador acerca da complexidade da causa. Nesse sentido, relembra Motulsky<sup>385</sup>, as lacunas da lei são fáceis de serem preenchidas, haja vista que pode, ele mesmo, proceder a uma instrução informal, determinando os prazos em que serão depositadas as suas manifestações, provas e demais peças processuais; os prazos por ele fixados, assim como pelo magistrado de instrução, deverão ser observados, sob pena de inadmissibilidade das peças.

---

<sup>382</sup> MOTULSKY, Henri. *Écrits, études et notes de procédure civile*. Ob. Cit., p. 251.

<sup>383</sup> MOTULSKY, Henri. *Écrits, études et notes de procédure civile*. Ob. Cit., p. 251.

<sup>384</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. *Droit Judiciaire Privé*. Ob. Cit. p. 139.

<sup>385</sup> MOTULSKY, Henri. *Écrits, études et notes de procédure civile*. Ob. Cit., p. 251.

Apenas quando o tribunal perceber que a complexidade da causa demanda uma instrução mais profunda é que haverá o envio da causa para um juiz de mise en état, quando, ainda assim, deixará fixada, desde já, a audiência de julgamento<sup>386</sup>. Assim, uma instrução pelo procedimento diante de juiz de mise en état, propriamente dito, somente se justificará quando efetivamente necessário; e, mesmo neste caso, a instrução deverá ocorrer de forma mais rápida, haja vista que a audiência de julgamento já se encontra previamente fixada, devendo o encerramento da instrução ocorrer rápido o suficiente para que esta audiência ocorra normalmente<sup>387</sup>.

#### 4.5 O REQUERIMENTO CONJUNTO – “REQUÊTE CONJOINTE”

O instituto em exame significa que as partes, de comum acordo, podem dar início à instância. Era um instituto desconhecido do antigo código de processo civil francês, de maneira que a possibilidade desta ação foi introduzida a partir de 1971 e consagrada no código de processo de 1975, o instituto formaliza uma demanda proposta por duas partes, em acordo, mesmo havendo um litígio entre si<sup>388</sup>.

O conceito pode ser encontrado na própria lei – artigo 57 do código de processo civil francês – que, em tradução livre, menciona que “o requerimento conjunto é o ato comum pelo qual as partes submetem ao juiz suas pretensões respectivas, os pontos sobre os quais encontram-se em desacordo assim como os meios respectivos”<sup>389</sup>.

A introdução da instância, nesse caso, é feita em conjunto, por um ato apresentado em comum, ao qual se dá o nome de requerimento conjunto – cuja nomenclatura original é “requête conjointe”. É um modo convencional de introdução da instância, cuja previsão no texto do código se deveu ao desejo do legislador colocar à disposição das partes uma forma jurisdicional similar à arbitragem<sup>390</sup>.

A ação demonstra a existência de um litígio entre as partes, que mantém um combate entre si; testemunha, igualmente, o interesse das partes que, em que pese em desacordo – o que lhes motiva a buscar o judiciário – estão reunidas na vontade de solucionar o seu litígio.

---

<sup>386</sup> Ob. Cit., p. 251.

<sup>387</sup> Ob. Cit., p. 251.

<sup>388</sup> COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 318.

<sup>389</sup> O texto original segue transcrito: “La requête conjointe est l’acte commun par lequel lês parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs ».

<sup>390</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 425.

Não se trata de partes que atingem um acordo, mas sim daqueles que não conseguem atingir a conciliação, tendo, entre si, pontos controvertidos que justificam a animosidade entre si, capazes de formar um processo judicial.

Não se nega, em doutrina, a semelhança entre o tema ora apresentado e a arbitragem<sup>391</sup>. Note-se que ambos implicam ter o julgamento requerido pelas partes, que estão em desacordo – o que afasta de uma ação para simples homologação de conciliação. Uma distinção importante, entre a arbitragem e o requerimento conjunto, é que o segundo não tem limitação quanto à matéria<sup>392</sup>.

O instituto se mostra interessante, célere e uma razoável solução para a morosidade judicial. Todavia, Julien e Fricero<sup>393</sup> apresentam o dado fático de que, na prática, as partes raramente fazem uso desta faculdade.

É um procedimento que introduz a instância, o que condiz com a conclusão de que deve conter alguns requisitos.

#### 4.5.1 Requisitos da petição inicial

Inicialmente, cumpre mencionar que o ato deve ser praticado pelas duas partes, em conjunto. O código irá disciplinar os requisitos desta petição inicial.

O primeiro requisito é a indicação das partes, ou, nos termos do direito brasileiro, a qualificação das partes. Em seguida, exige a lei processual que seja indicado o tribunal ao qual se dirige a demanda, bem assim a constituição dos advogados – que deverão subscrever a petição inicial.

A petição deverá, ainda, conter o objeto da demanda, que implica apresentação das pretensões das partes, com a demonstração dos pontos em que se encontram em desacordo. Se for o caso de litígio que verse sobre demanda imobiliária, serão necessárias as referências relativas aos dados dos bens imóveis, necessárias para a publicação nos cartórios imobiliários.

Por fim, deve a petição indicar quais os fatos e argumentos nos quais se fundamentam o seu pedido. Exige-se a assinatura das partes e, sendo o caso de procedimento perante o tribunal de grande instância, dos seus advogados.

---

<sup>391</sup> Nesse sentido, COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 318.

<sup>392</sup> A arbitragem, também no direito francês, ou seja, similar ao direito nacional, tem limitação a direitos patrimoniais disponíveis. CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 425

<sup>393</sup> JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 176. Eis o trecho original: “Lorsqu’elle est formée par requête conjointe, ce qui est très rare en pratique (réserve faite de la requête conjointe en divorce (...)).”

Os direitos aventados nesta ação são de livre disposição pelas partes. Desta forma, durante o curso da demanda, confere-se ao juiz a missão de resolver o conflito na condição de um “amigável compositor”<sup>394</sup>. Esta função lhe pode ser atribuída desde a propositura da demanda ou, sendo o caso, após já instaurado o processo. Outra solução possível é vincular o magistrado aos pontos de direito nos quais pretendem limitar os seus debates.

O artigo 794 do código de processo permite às partes requerentes solicitar que o feito seja atribuído a juiz único, o fazendo mediante renúncia de envio do feito ao colegiado. A designação do tribunal se fará a partir do protocolo do requerimento conjunto para o seu julgamento<sup>395</sup>.

Diante do tribunal de grande instância, o requerimento conjunto ganha mais um requisito, sob pena de inadmissibilidade: a constituição de advogado de todas as partes, os quais deverão assinar a petição de ingresso<sup>396</sup>.

#### 4.5.2 Procedimento perante o colegiado

Ao presidente do tribunal incumbirá, então, a fixação do dia e hora nos quais o feito será convocado, e, sendo o caso, a designação da turma à qual será distribuído. Este fato será comunicado pela secretaria aos advogados. Daí em diante, o feito será processado pelo rito comum ordinário – o que implica concluir pela intervenção do magistrado de *mise en état* – ou será enviado para audiência, conforme o caso<sup>397</sup>.

#### 4.5.3 Procedimento perante juiz único

Não se nega que o direito francês prioriza o julgamento colegiado<sup>398</sup>. Entretanto, desde 1970, por força de lei, o presidente do tribunal de grande instância pode decidir que o feito será julgado por juiz singular. Não poderá fazê-lo quando a demanda for relativa ao estado de pessoa ou for disciplinar.

Diferentemente do procedimento a dia fixo, já estudado, este procedimento significa em alteração sensível das regras aplicáveis ao rito ordinário. Implica concentração de

<sup>394</sup> O termo “amiable compositeur” é encontrado em Nesse sentido, COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 319.

<sup>395</sup> Nesse sentido, COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 319.

<sup>396</sup> CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit., p. 426.

<sup>397</sup> A distinção entre os procedimentos foi estudada no item oportuno, quando ficou esclarecido que o rito ordinário será aquele de cisão das fases de instrução e julgamento. A parte deverá demonstrar preencher os requisitos para poder ter a sua demanda processada com a marcação de audiência.

<sup>398</sup> Nesse sentido, COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 319.

poderes nas mãos de um só juiz. Os poderes de instrução (*mise en état*) e também os poderes do tribunal são aliados em um único magistrado, que ouve as alegações orais e fica sozinho para a solução do litígio. Por isso mesmo não se pode confundir com o procedimento ordinário.

Este procedimento, de toda sorte, é facultativo<sup>399</sup>. A doutrina<sup>400</sup> adverte que, exatamente com o fito de respeitar o direito de escolha, a lei permite que as partes requeiram o envio dos autos para julgamento perante o tribunal, direito esse conferido a cada uma das partes, que o exerce discricionariamente, mediante requerimento não motivado.

A decisão de atribuir o julgamento a juiz singular deverá ser tomada até o momento da fixação da audiência, inteligência do artigo 801 do código francês de processo. Para uma claridade maior sobre os fatos do processo, é desejável<sup>401</sup> que o presidente escolha essa via no primeiro encontro.

Exatamente por isso, afirma-se que essa determinação significará que o juiz singular, ao ser designado, acumulará tanto os poderes conferidos ao tribunal, quanto os poderes conferidos ao magistrado de *mise en état* (instrução).

Esta decisão de envio dos autos para julgamento por juiz singular não é revogável. Conforme mencionado nas linhas precedentes, a parte exerce uma faculdade legal que, exercida, não admite que se retrate – não lhe é dado voltar atrás, após já exercida a opção.

Entretanto, exatamente por se tratar de uma faculdade atribuída à parte, a partir da notificação da decisão de julgamento por juiz único, qualquer uma das partes poderá requerer a reversão da decisão, no prazo de quinze dias e sob pena de preclusão<sup>402</sup>. Feito este requerimento, o envio para a formação colegiada é de direito<sup>403</sup>.

Isso não impede que o presidente do tribunal, por si só, determine o envio do feito para o colegiado, a qualquer tempo, por considerar que as características da causa não são passíveis de julgamento por juiz singular. Essa atitude lhe é exclusiva<sup>404</sup>.

No caso de reenvio para a formação colegial, a instrução será dirigida pelo mesmo juiz singular onde o feito se encontrava em trâmite – o qual, conforme visto, acumulava a função instrutória – ou será designado um juiz de *mise en état* para esta atividade.

<sup>399</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 141.

<sup>400</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 141.

<sup>401</sup> A doutrina apresenta a argumentação, no sentido de que o presidente deve se manter atento para o respeito ao direito de defesa. HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 139.

<sup>402</sup> O regramento encontra-se claramente descrito no artigo 804 do código de processo civil.

<sup>403</sup> Válida a transcrição da interpretação no original: “(...) lorsque cette demande est régulièrement exercée, le renvoi à la formation collégiale est de droit.» COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. Ob. Cit. p. 320.

<sup>404</sup> HÉRON, Jacques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. Ob. Cit. p. 142.

## 5 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADEQUADO E A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS FRANCESAS COM O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 5.1. FLEXIBILIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

#### 5.1.1. Processo e Procedimento

A análise do cabimento destes institutos no direito brasileiro pressupõe o estudo de alguns conceitos basilares que, aliados aos princípios já estudados, permitirão atingir alguma conclusão.

A primeira distinção a ser esclarecida consiste na distinção entre processo e procedimento.

Inicialmente, importa fazer uma anotação importante: a acepção de processo de que trata o presente estudo limita-se ao processo jurisdicional. Porque, já advertia Calmon de Passos<sup>405</sup>, no seu sentido “latíssimo”, o processo compreende “todo o fenômeno, em sua especificidade e em seu significado global”.

Gajardoni<sup>406</sup> informa que, historicamente, o termo processo não era encontrado no direito romano. O seu significado etimológico, assim, era o que determinava a concepção do termo processo: do grego *prosek* (“vir de trás e ir para adiante”) e do latim *procedere*. Assim, por muito tempo, acreditou-se que o processo era simplesmente uma sucessão organizada de atos processuais.

Daí que o processo pode ser conceituado sob duas acepções distintas: ampla ou formal e restrita ou substancial<sup>407</sup>. Sob o primeiro enfoque, tem-se o conceito de procedimento, em verdade, porque seriam “atos tendentes a uma finalidade conclusiva”<sup>408</sup>; sob o segundo enfoque conceitua-se o processo, um instrumento de exercício do poder jurisdicional pelo Estado.

Sob o enfoque da teoria do fato jurídico, o processo é um ato complexo, composto por outros atos jurídicos; nesse sentido, o conceito de processo assemelha-se ao conceito de

---

<sup>405</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit. p. 5.

<sup>406</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.

<sup>407</sup> Ob. Cit., p. 30.

<sup>408</sup> Ob. Cit., p. 30.

procedimento<sup>409</sup>. Assim, o processo, como ato complexo, caracteriza-se pelo ato final, mas é formado por outros atos que são condicionantes e diretamente relacionados a este ato.

Ainda considerando-se essa vertente, o procedimento, de seu turno, é conceituado como um ato complexo de formação sucessiva, na medida em que formados por diversos outros atos jurídicos, que guardam relação entre si, de forma coordenada<sup>410</sup>. Os atos são organizados com o objetivo de atender à prestação jurisdicional e entrega da tutela pelo Estado.

Destarte, há processo conquanto tenha se desenvolvido desta ou daquela forma, dado que houve, pelo jurisdicionado o exercício de um direito público subjetivo de provocar a jurisdição, do qual decorreu a atuação do Estado-Juiz<sup>411</sup>. A forma como os atos irão se organizar, então, é o procedimento.

Seguindo, ainda, a teoria do fato jurídico, o processo pode ser visto como um efeito, na medida em que compõe o plano da eficácia dos fatos jurídicos. Nesse aspecto, o mesmo termo “processo” define o fato e o efeito jurídico adjacente, o que é comum, a exemplo do que ocorre com a prescrição<sup>412</sup>.

A definição de Liebman é no sentido anteriormente mencionado: conceitua o processo como uma sucessão de atos ligados por uma finalidade comum, qual seja, a produção da decisão judicial. A noção de processo é, portanto, teleológica, na medida em que ligada à sua finalidade: a entrega da prestação jurisdicional<sup>413</sup>. A noção de procedimento, por outro lado, é meramente formal.

O processo gera, então, a relação processual, havida entre os sujeitos do processo, que é autônoma àquela de direito material que lhe deu causa.

O termo procedimento, por sua vez, guarda outro significado. O procedimento é o que compõe a dinâmica processual. Se o processo é formado por um conjunto de atos processuais, o procedimento é o modo como estes atos estarão organizados e relacionados entre si<sup>414</sup>.

Assim, o processo é o conjunto dos atos processuais propostos a uma finalidade: a entrega da prestação jurisdicional. O procedimento é a forma de organização destes atos,

---

<sup>409</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Ob. Cit., p. 22.

<sup>410</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Ob. Cit., p. 23.

<sup>411</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 5.

<sup>412</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Ob. Cit., p. 23.

<sup>413</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 32 e CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 5.

<sup>414</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 35.

ditando o rito processual. Além disso, o procedimento é a ordenação dos atos com estrita observância dos direitos fundamentais processuais.

Ou seja: os procedimentos mudam a partir da alteração da ordem dos fatores, para que se atinja o produto final adequado. Gajardoni menciona, então, que o procedimento pode ser analisado sob dupla ótica, sendo a primeira concernente ao modo e ao prazo em que os sujeitos processuais praticarão os atos processuais; a segunda referente à ordenação dos atos, é dizer, o lugar que cada ato terá na ordem de sucessão.

### 5.1.2. Procedimento e Formalismo

Visto isso, importa ressaltar que todo procedimento requer a observância de uma forma<sup>415</sup>. Não há como se imaginar uma sucessão desordenada de atos. Se o processo é composto por uma sucessão de atos processuais, imagina-se que se trata de uma consecução organizada destes atos.

Daí que a forma do processo pode ser vista sob dois enfoques<sup>416</sup>. Primeiramente como o modo em que os atos processuais se materializam, sejam eles das partes, do juiz ou dos servidores da Justiça. Nesse ponto, Gajardoni<sup>417</sup> menciona que todos os sistemas adotam uma concepção rígida, mesmo quando não possuem muitas regras concernentes à forma dos atos.

O segundo enfoque refere-se ao lugar que cada ato ocupa no processo; é dizer: a ordem em que os atos são formalmente praticados.<sup>418</sup> É nesse ponto que encontramos maior variação e flexibilização entre um ou outro sistema, dependendo de um conceito mais rígido ou mais ténue do regime de preclusão.

Com relação a esse segundo enfoque, dois sistemas processuais são conhecidos<sup>419</sup>.

Inicialmente, temos o sistema de legalidade das formas procedimentais, no qual cada ato processual encontra-se rigidamente preestabelecido em lei. Nesse sistema, a violação ou desrespeito à prescrição legal pode levar à invalidade do ato.

É o sistema vangloriado por esclarecer previamente às partes as regras do jogo. Todavia, se um lado da moeda demonstra a segurança jurídica, o outro encontra barreiras

---

<sup>415</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit. p. 77.

<sup>416</sup> Ob. Cit., p. 77.

<sup>417</sup> Ob. Cit., p. 77.

<sup>418</sup> Ob. Cit., p. 77.

<sup>419</sup> Ob. Cit., p. 79.

claras na burocracia, que pode gerar atos processuais desnecessários e, conseqüentemente, a dilação indevida do processo.<sup>420</sup> É exatamente por isso que a doutrina francesa atenta para o fato de que o tempo do processo não pode ser concebido a partir da noção matemática do lapso temporal gasto. O tempo do processo deve ser aferido pela boa utilização deste no processo, pelos seus atores<sup>421</sup>. A simples formação de uma sucessão burocrática de atos, ainda que com tempo reduzido, não é suficiente, porque o tempo há de ser bem aproveitado pelos sujeitos processuais.

O sistema da liberdade das formas, por outro lado, não estabelece uma ordem rígida legal para o cumprimento de atos processuais. Diametralmente diverso do anterior, concorre para a sua formação a plena liberdade das partes na organização da sucessão dos atos de processo. O objetivo que anima este sistema é a adequação à efetiva tutela do direito material, aceleração do procedimento e eliminação do tempo inútil. O lado contraposto é a insegurança e a surpresa de decisões que possam surgir<sup>422</sup>.

A aceleração do procedimento é, nesse pensamento, uma verdade pela metade. O estudo do histórico do sistema francês permitiu perceber que, ao se deixar o processo integralmente à disposição das partes (a “coisa das partes”, nos termos de que se vale a doutrina francesa) corre-se o risco de um retardamento ainda maior. Exatamente esta conclusão permitiu a contratualização do processo, atraindo o juiz gestor e diretor do andamento processual, em colaboração com as partes.

Gajardoni<sup>423</sup> atenta para o fato de que não há sistema puro, mas apenas aquele no qual haja uma prevalência de um dos sistemas, sendo o brasileiro tendente à rigidez. A questão, então, reside na compatibilização desta ideologia com o modelo do processo moderno. Mais que isso, a abertura dessa concepção rígida a ideários que têm atingido melhor o objetivo processual que é comum a todos: a efetividade e a qualidade, em um prazo razoável.

A vertente processual brasileira tem arrimo numa concepção publicista do processo: composto por normas cogentes de ordem pública. Partindo dessa premissa, o

---

<sup>420</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit. p. 79 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Ob. Cit. p. 45. Vale a transcrição dos termos da segunda obra: “Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo”.

<sup>421</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. Ob. Cit., p. 19.

<sup>422</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 79.

<sup>423</sup> Ob. Cit., p. 80.

procedimento não está à disposição para a convenção das partes. Não é dado às partes, nem mesmo ao juiz, então, a escolha de rito diverso daquele imposto pelo legislador. Se assim o é, menos ainda admite-se a possibilidade do juiz modificar o procedimento, alterando a ordem dos atos prevista em lei<sup>424</sup>.

Isto porque reina a concepção de que o procedimento rígido é fator de segurança, exatamente como mencionado anteriormente. A ideia que permeia este pensamento é no sentido de que a positivação de todos os atos processuais e o estabelecimento de uma forma prevista na legislação garantem ao jurisdicionado a liberdade. A forma é, para estes pensadores, a garantia de liberdade do cidadão, contra a tirania. E se assim o é, a forma se mostra como mecanismo de controle da atuação judicial<sup>425</sup>.

Mas não é só. Como forma de garantir a liberdade, a forma deve ser rígida e, assim, estritamente observada. Os resultados – processuais, é certo – devem ser controláveis, e o desenvolvimento do procedimento há de ser previsível. O sistema de rigidez repousa, assim, em duas grandes premissas: rigidez e previsibilidade.

Adepto a esta visão mais tradicional, o mestre Calmon de Passos<sup>426</sup> valoriza a forma, aduzindo que o “modo de atuar em juízo” em um processo, é “atividade juridicamente regulada” com “formas prefixadas em lei”. Para este autor, não seria admissível que a atividade jurisdicional se desenvolvesse de acordo com a vontade dos seus protagonistas, por mais autorizados que sejam eles, tendo em vista que geraria o preço alto da insegurança. O autor considera que as vantagens não são tão visíveis. A solução encontrada, então, é a rigidez formal.

Mas não se pode ater a este pensamento de forma exacerbada. É possível garantir a liberdade a partir de uma formalidade mínima que, sem ultrapassar os limites da razoabilidade, não se transforme em burocracia desnecessária. Note-se que a segurança jurídica poderá ser alcançada a partir de uma formalidade mínima. É dizer: não é necessário que o legislador preveja todos os atos processuais, minuciosamente, para que o jurisdicionado tenha a garantia da boa atuação jurisdicional.

---

<sup>424</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 81.

<sup>425</sup> Ob. Cit., p. 82.

<sup>426</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 7. Entendimento similar é o encontrado em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4a edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90 e 156, mencionando o autor que o procedimento deve estar previsto em normas para a sua validade, aplicadas com rigor e de maneira formal.

O processo efetivo é aquele que tem o condão de conferir ao jurisdicionado, de um lado, segurança, de outro lado, celeridade, mas sempre atendo às necessidades específicas impostas pelo direito material<sup>427</sup>.

Não se trata, como pretendeu o mestre Calmon<sup>428</sup>, de “maldizer” a resistência criada pelas formalidades, unicamente em busca da celeridade. Não. O que se pretende, ao flexibilizar a forma do processo, é entregar ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional adequada à sua pretensão, a partir de um mínimo previsível. Discorda-se, assim, do pensamento do autor para quem a especialização de procedimento seria uma exceção, justificada unicamente em virtude de alguma especificidade especialíssima, que torne danosa a utilização do procedimento ordinário. As premissas desta discordância serão destacadas nas linhas a seguir.

### 5.1.3. Instrumentalidade do processo e flexibilização

Exatamente por vincular o processo ao seu escopo – a entrega da prestação jurisdicional efetiva e de qualidade –, a doutrina processual chama a atenção para o fato de que é preciso estar consciente de que os resultados do processo são os fatores que demonstram a sua importância<sup>429</sup>.

O processualista, mesmo ciente da autonomia do processo, não pode se perder em uma doutrina excessivamente processualista, desvinculada do seu objetivo. O processualista deve estar informado por uma racionalidade material, não apenas formal<sup>430</sup>.

Por isso, não mais se questiona, nos dias atuais, a autonomia do processo.

Também não é possível, em virtude de sua autonomia, considerar que o processo seja um fim em si mesmo. O processo existe para o direito material, e atendê-lo, realizando a boa entrega jurisdicional, é o seu objetivo maior. Daí que a multiplicidade de tutelas é uma resposta do direito processual às diversas situações de direito material<sup>431</sup>. O processo, enquanto meio, deve ser compatível com o direito material que lhe é subjacente.

---

<sup>427</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Ob. Cit., p. 49.

<sup>428</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 7.

<sup>429</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 20.

<sup>430</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 21.

<sup>431</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 39.

Ou seja, a compreensão do processo enquanto instrumento – autônomo, isso não se discute – voltado para a entrega da tutela jurisdicional adequada, fez com que houvesse a diversificação das tutelas. “A tipicidade não é da ação, mas da tutela pleiteada”<sup>432</sup>.

A utilização do processo, assim, não pode estar desvinculada do seu objetivo, nem pode o jurista, cegamente, entregar o processo assim como posto na lei. Devem ser pensadas soluções para que o processo corresponda à expectativa do jurisdicionado que bate às portas do judiciário e pretende ver a entrega efetiva da jurisdição<sup>433</sup>.

Essa concepção instrumentalista do processo segue à preocupação atual de que o processo deve possibilitar a entrega efetiva de justiça. A pronta resposta jurisdicional, mesmo quando esta não implica acolhimento da pretensão do autor. Entregar a jurisdição é efetivamente solucionar o litígio, não obstante quem seja o vencedor ou perdedor<sup>434</sup>.

Para tanto, há de se ir além. Não é suficiente disponibilizar a via judicial ao jurisdicionado; é possibilitar uma via efetiva de solução de conflitos, com o acesso à ordem jurídica justa<sup>435</sup>. A lei material, garantidora de direitos, pura e simples, não é bastante. Há que se ofertar mecanismos eficazes e apropriados de aplicação da lei e de manutenção da ordem jurídica, o que, decerto, somente é possível com a entrega de uma prestação jurisdicional adequada<sup>436</sup>.

Esse é o entendimento de que o processo autônomo deve ocupar o lugar de instrumento voltado à satisfação de um fim. Mas isso não pode significar entender o processo destacado da sua técnica. A técnica confere segurança. O que não se pode admitir é um processo tecnicista, que supera a sua finalidade para que seja um fim em si mesmo. O que não se pode admitir é que o juiz e os sujeitos processuais sejam transformados em “escravos da forma”<sup>437</sup>.

<sup>432</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 40.

<sup>433</sup> No particular, válida a transcrição do pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque: “A efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso de direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado.” *In* **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 42.

<sup>434</sup> Aqui, está se falando de prestação da atividade jurisdicional, que não se confunde com a tutela jurídica. A primeira refere-se à entrega da resposta jurisdicional à pretensão jurisdicional deduzida, a todo e qualquer postulante em juízo; a tutela jurídica é a vantagem que a lei atribui a alguém, o que, conforme o mérito, será do autor ou do réu. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ob. Cit., p. 20.

<sup>435</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 62.

<sup>436</sup> “Acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente em um sistema dotado de técnicas adequadas proporciona. Efetividade e eficiência não são sinônimos. Quanto mais eficiente o método adotado pelo Estado para a solução das contraversias, maior a possibilidade de o resultado dessa atividade, consubstanciado na tutela jurisdicional, ser efetivo.” Ob. Cit., p. 62.

<sup>437</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. Ob. Cit., p. 100.

A técnica está para o processo, assim como o processo está para a tutela. A técnica é o meio para que o processo atinja o seu resultado<sup>438</sup>.

A fundamentação lógica é, portanto, de que o processo é um instrumento para a entrega da justiça. Assim, o devido processo legal deve ser lido a partir da sua conotação teleológica, como já estudado no item oportuno.

De todas as premissas estabelecidas, tem-se, portanto, que o processo apenas atinge o seu resultado se for um instrumento adequado aos fins a que se propõe. E adequar significa que o processo estará apto a atender às diversas realidades litigiosas que lhe são apresentadas<sup>439</sup>.

Desse modo, é preciso repensar a rigidez processual. Adaptar o processo, flexibilizar as suas técnicas, para que atinja, da melhor maneira possível, o seu objetivo. Afinal, para bem atingir o seu objetivo, o processo deverá estar adequado ao direito material.

Por isso, não basta a adequação legislativa. O magistrado deve ter o poder de fazê-lo, flexibilizando as técnicas processuais<sup>440</sup>. Para tanto, é preciso que o magistrado assuma o efetivo controle do andamento processual, como piloto do processo. Nessa atividade, o juiz passa a compor o contraditório do processo, na condição de condutor da relação jurídica processual<sup>441</sup>.

Bedaque<sup>442</sup> destaca duas razões para justificar a alteração sobre o pensamento estrutural do processo. O primeiro fundamento repousa na própria razão de existir do processo, uma vez que constitui instrumento de pacificação social. Para atingir este objetivo, o processo não pode se dissociar da relação de direito material que lhe deu causa, de maneira que o instrumento deve ser moldado a partir do seu objeto.

Estabelecido o primeiro fundamento, passa-se ao segundo, a partir do qual as técnicas processuais deve corresponder às necessidades específicas das novas relações materiais que surgem. O processo deve estar em constante renovação para atender às tendências sociais – exemplo disso foram as previsões de proteção da tutela coletiva, inicialmente não imaginadas, mas imprescindíveis após certa organização social.

Aqui, a ideia é no sentido de que não adianta a previsão abstrata de direitos subjetivos se não for conferida ao cidadão a possibilidade de buscar, junto ao Estado, a

---

<sup>438</sup> Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 62.

<sup>439</sup> Ob. Cit., p. 64.

<sup>440</sup> Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 65.

<sup>441</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 66. Válida a transcrição do pensamento do autor: “Por isso, repele-se a tentativa de ressurreição da ideia privatista de processo, com a consequente limitação do ativismo judicial.”

<sup>442</sup> Ob. Cit., p. 66.

adequada proteção destes direitos – dado que o jurisdicionado não pode valer-se da autotutela. Ou seja: de nada adiantaria uma legislação inteira de defesa do consumidor, se o processo não acompanhasse esta evolução, de forma adequada, ofertando meios de solução dos litígios.

Mas não para por aí. Não se quer com isso dizer que o processo deve estar adequado unicamente às novas tendências do direito subjetivo. O processo deve corresponder a qualquer situação jurídica que lhe for apresentada, e, assim, não se mostrando apto a resolver adequadamente uma situação antiga, há de ser adaptado pelo magistrado. A morosidade da justiça que se verifica hoje é um dos indícios de que o processo já não se mostra suficiente para resolver os litígios, sejam novos ou velhos. Virar as costas para esta realidade significa aceitar o processo como um instrumento inábil à finalidade proposta<sup>443</sup>.

De nada adianta o piano sem cordas, inábil a emitir o som da música tocada.

Note-se que o processo que não atende ao direito material que lhe serve de conteúdo, que não responde à demanda do jurisdicionado, torna ineficaz, também, o direito material. A previsão de direitos substanciais perde-se na abstração, porque passa a depender unicamente do cumprimento espontâneo da lei, dada a vedação da autotutela e a insuficiência do meio jurisdicional<sup>444</sup>.

Releva-se, então, o pensamento do processo segundo os seus princípios. Porque a aplicação cega de todos os princípios processuais pode se mostrar como verdadeiro óbice à eficácia processual. A flexibilização do processo em razão do seu escopo instrumental – satisfazer o direito substancial – exigirá do magistrado a aplicação de cada princípio na sua maior e melhor medida, observado o caso concreto.

O instrumento haverá de proporcionar o fim a ele proposto: a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Isso somente se mostra possível com um procedimento adequado e idôneo.

#### **5.1.4. Sobre ser possível a flexibilização do processo brasileiro**

---

<sup>443</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Ob. Cit., p. 70. Veja-se o seguinte trecho: “Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado a uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a valores sociais.”

<sup>444</sup> Ob. Cit., p. 83.

Estabelecidas as premissas anteriores, ganha relevância um tema já tratado anteriormente: o princípio da adaptabilidade do processo – ao qual Bedaque<sup>445</sup> dá o nome de princípio da elasticidade processual. É a ideia contida nesse princípio que permite aceitar a flexibilização do procedimento a fim de amoldá-lo às especificidades do caso concreto.

O que justifica esse pensamento é exatamente a premissa de que o processo, enquanto instrumento, liga-se ao direito material por um nexo de finalidade<sup>446</sup>. Daí dever-se admitir que o juiz possa modificar aspectos procedimentais de acordo com o caso concreto.

Retorna-se, então, à distinção inicialmente apresentada de processo e procedimento.

A adaptação incidirá sobre a forma de organização dos atos. O procedimento é legalmente previsto por um conjunto de regras técnicas, que não podem converter-se em um fim em si mesmo, sob pena de tornarem inúteis atos processuais que demandam, muito além do tempo, custos, e prejudicam a boa atuação jurisdicional.

Seguindo o sistema rígido só seria possível a adequação da tutela ao direito material na hipótese de previsão expressa. Este é o sistema atual e vigente; de forma diversa o será com a edição do novo texto legislativo, quando os poderes do juiz serão ampliados. Gajardoni<sup>447</sup> conclui, então, que, acaso a lei não se demonstre adequada àquele caso concreto, e sendo o dever da entrega da jurisdição adequada ao cidadão, poderá a variação dos atos processuais ser implementada judicialmente. Para tanto, deve o jurista se desfazer da ilusão de que apenas no sistema rígido é possível encontrar previsibilidade e segurança.

Assim, para garantia da segurança e previsibilidade, é bastante que o julgador exerça o seu poder organizador e ordenador dos atos processuais de forma prévia, com o conhecimento inequívoco das partes acerca das regras do jogo. É exatamente o que ocorre no processo francês, quando os prazos e atos judiciais são fixados pelo juiz, na presença das partes, que tomam ciência prévia de todo o calendário processual. Isso torna o desenvolvimento do processo previamente conhecido das partes. O procedimento ganha, assim, previsibilidade e predeterminação<sup>448</sup>.

A solução não apenas se mostra mais adequada, como mais simples aos litigantes. Mais complicado é ter conhecimento de todos os procedimentos especiais que a lei tenta aglomerar, com o fito, exatamente, de adequar, numa tentativa frustrada, dada a sua tendência

---

<sup>445</sup> *In Direito e Processo*. 6a edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 74.

<sup>446</sup> Ob. Cit., p. 75.

<sup>447</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 85.

<sup>448</sup> Ob. Cit., p. 85.

inafastável à generalidade. Sim, porque por mais especial que seja um procedimento legalmente previsto, ainda assim, voltar-se-á à solução de uma universalidade de demandas comuns, mas com características diversas entre si.

Não se nega, portanto, que as normas de procedimento haverão de ser previamente estabelecidas. O que não se admite é que estas normas tenham que advir, necessariamente, de uma fonte legislativa cogente, de observância necessária e tendente à universalidade.

O juiz assume, nesse caso, o papel de agente político, e, assim, devem ser afastadas limitações a procedimentos formais, minuciosamente engessados na legislação<sup>449</sup>.

Ciente desta necessidade de adaptação, Gajardoni<sup>450</sup> salienta que devem ser observados alguns critérios para a implementação da adaptação processual, para que sejam atendidos os direitos fundamentais processuais, como garantia mínima do cidadão.

O primeiro critério é a finalidade, o que permite concluir que, em regra, os procedimentos seguirão o padrão legal, para, apenas excepcionalmente, sofrerem variação. Aponta o autor para três situações em que a variação presume-se possível. Inicialmente, quando o instrumento previsto na lei não se mostrar apto ao atendimento eficaz do direito material. Em segundo lugar, quando se mostrar possível a dispensa de alguns atos formais e irrelevantes. A terceira situação é mais grave: refere-se à possibilidade de alteração do rito processual com vistas a possibilitar a igualdade material entre as partes do processo.

O critério seguinte refere-se à observância do contraditório útil. O contraditório formal consiste na possibilidade de participação da parte no processo; o conceito material contempla, unicamente, a participação capaz de influir no julgamento. Na alteração do rito processual deve-se observar o atendimento ao contraditório útil. Ora, se não há nulidade se não houver prejuízo, será possível suprimir o contraditório de uma das partes quando a alteração processual lhe for benéfica. É nesse sentido que a doutrina francesa se atém à necessidade de serem mantidas apenas as manifestações úteis.

Jean-Claude Magendie, pensador das reformas francesas, frisa que não se trata de subtrair os direitos fundamentais das partes em busca da celeridade processual. Todos os direitos devem ser salvaguardados. Por outro lado, devem ser mantidos unicamente os atos processuais que se mostrem úteis a solução do litígio. Assim, se alguns atos deverão ser

---

<sup>449</sup> Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, para quem o juiz exerce um poder do Estado, investido conforme a Constituição, e, por assim ser, não há “razão para enclausurá-lo em cubículos formais de procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”. In **A instrumentalidade do processo**. Ob. Cit., p. 153.

<sup>450</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Ob. Cit., p. 87.

combatidos e retirados, outros devem, necessariamente, ser mantidos e festejados. É a perda de tempo que deverá ser rechaçada<sup>451</sup>.

Ainda seguindo esta linha de pensamento, Dinamarco<sup>452</sup> atenta para o fato de que a ampla liberdade de forma não implica arbítrio. Não há espaço para tal. A pretensão é unicamente de romper com a estrutura formal do processo, mas muito distante de violar os princípios processuais constitucionais. O que se visa, com este pensamento, é a melhor realização dos fins do processo, afastando-se de formas inadequadas, mas com respeito à principiologia do processo.

O terceiro e último critério apontado pelo autor<sup>453</sup> é a necessidade de fundamentação da decisão de alteração do procedimento, em atendimento à previsão expressa constitucional – art. 93, IX – como forma de controle endoprocessual e extraprocessual também desta decisão judicial.

Não se pode afastar da premissa de que o processo somente atinge o seu escopo se adequado à finalidade a que se propõe. Se assim o é, a prestação jurisdicional apenas poderá ser considerada efetiva sob esta ótica<sup>454</sup>. O processualista não poderá estar vinculado unicamente à forma de proteção judicial dos direitos, mas à sua efetiva satisfação através do processo.

E não há motivo para se questionar a legitimidade do processo pelo só fato de não ter sido observado o *iter* legal para o desenvolvimento do procedimento. A legitimidade não está ligada à suposta rigidez do sistema. Opostamente, uma vez definida a estrutura procedimental juntamente com as partes, cresce a legitimidade do procedimento, que contou com o contraditório<sup>455</sup>. A legitimação do procedimento, nestes termos, decorre da observância estreita do contraditório, e não da aplicação fria de preceitos legais.

## 5.2 ADEQUAÇÃO E *DUE PROCESS OF LAW*: A IMPORTAÇÃO DE ALGUMAS MEDIDAS

<sup>451</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*. Ob. Cit., p. 22.

<sup>452</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ob. Cit., p. 152.

<sup>453</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Ob. Cit., p. 94.

<sup>454</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Ob. Cit., p. 78.

<sup>455</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Ob. Cit., p. 95 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ob. Cit., p. 156.

No primeiro plano, temos que o devido processual legal não mais se limita ao preenchimento de exigências constantes do diploma legislativo processual. É devido – e, também, legal – o processo que contém uma decisão conforme o ordenamento. O direito processual não está mais adstrito à interpretação do devido processo legal como simples cumprimento de normas, mas como uma cláusula aberta que permite que o processo chegue ao seu fim de maneira adequada.

Na medida em que aceita a ideia de um direito fundamental ao devido processo legal substancial, foram ampliados, então, os poderes do magistrado a fim de que, nesta atividade, possa entregar à parte a tutela jurisdicional devida – falamos aqui, então, de qualidade. Decisão de qualidade foi um dos fundamentos da reforma processual francesa<sup>456</sup>. Porque não há qualidade em decisão que se pauta em processo incapaz de permitir ao juiz o exercício do seu serviço de tal forma.

O instrumento processual capaz de levar à decisão devida é, desta forma, o processo adequado. Dito isso, temos que os dois direitos fundamentais caminham de mãos dadas: há devido processo legal, se há processo adequado.

Assim, estes direitos fundamentais processuais já conferem à parte a garantia de que o processo se desenvolverá da maneira determinada em lei, em um prazo razoável – considerada a sua demanda em concreto – finalizada por uma decisão de qualidade. O juiz, por este princípio tem a autonomia para a condução do processo da forma mais adequada possível. Ou seja: conceber o gerenciamento processual no Brasil parte da premissa principiológica da adaptação, por ainda ausente a previsão legal expressa.

A compatibilidade do gerenciamento ou contratualização com o direito processual brasileiro advém exatamente da percepção de que os seus princípios caminham nessa direção, em que pese ainda não haja aplicação do entendimento na prática. Se, hoje, o juiz já tem o dever de ofertar um prestação jurisdicional devida, em tempo razoável, já possui o dever de, sendo o caso, afastar a burocracia legal e adaptar o processo. Essa foi a conclusão que atingimos no item anterior: é possível flexibilizar sem perder a segurança jurídica.

O processo brasileiro oferece, desde já, alguns espaços vazios para que o juiz exerça o gerenciamento dos processos<sup>457</sup>. Importa saber, dentre os instrumentos estudados, quais teriam compatibilidade com o sistema processual brasileiro.

---

<sup>456</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. *L'effectivité des droits passe par des procédures adaptés*. Ob. Cit. p. 145.

<sup>457</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. Ob. Cit. p. 89. O autor exemplifica alguns destes espaços para o gerenciamento: “o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC, art. 262), o juiz exerce a direção do processo (CPC, art. 125), o procedimento prevê momentos próprios para as tentativas de conciliação, debates orais e planejamento do andamento do processo (CPC, art. 331), entre outros”.

Barbosa Moreira<sup>458</sup> chama a atenção para o fato de que não há que se festejar demasiadamente o direito estrangeiro – ao que dá o nome de mito de supervalorização de modelos estrangeiros. Para o autor, a importação de medidas estrangeiras deve atentar para dois pressupostos. O primeiro deles consiste no exame detalhado do funcionamento de cada instituto no ordenamento alienígena, com a consulta da doutrina. O segundo pressuposto consiste numa reflexão objetiva que permita o convencimento de que a medida a ser importada é compatível com o ordenamento na qual se pretende inseri-la.

Não é o caso presente, portanto, de simplesmente considerar a “galinha da vizinha (...) sempre mais gorda que a minha”<sup>459</sup>. As medidas apresentadas preenchem, certamente, o primeiro pressuposto lucidamente elencado pelo autor, tendo os capítulos anteriores sido a dedicação à análise histórica que levou à mudanças, além da avaliação da utilização destas mesmas mudanças. Passemos, então, à análise do segundo pressuposto.

Pincelamos, assim, algumas situações dentre aquelas referenciadas nos capítulos precedentes e a sua pertinência com o direito processual brasileiro.

Um primeiro ponto, sobre o qual devemos nos ater, é a premissa de que toda a alteração do processo francês partiu da necessidade de dissociação entre as fases do procedimento: a instrução, perante o juiz singular e o julgamento, perante o colegiado. A formatação francesa para o julgamento, no particular, não tem relação direta com o processo brasileiro, em que o juiz singular realiza ambas as atividades.

Assim, a cisão de fases no processo brasileiro, separando-as perante juízes distintos, depende de lei, e, ainda, da necessidade. Esta não é uma urgência no procedimento que é permeado pelo princípio da imediatidade e identidade física do juiz, que participa da instrução processual e do seu julgamento. Imaginar a cisão das fases processuais – no modelo em que um juiz seria exclusivamente responsável por cada uma das atividades –, sem um respaldo legal, não se mostra possível.

Todavia, os princípios diretores desta reforma são comuns ao ordenamento processual pátrio e, assim, os estudos e alterações legislativas representam grande valia para o processo brasileiro. O poder de adaptação do juiz brasileiro deve seguir parâmetros para a aplicação de mudanças no *iter* processual legalmente previsto.

---

<sup>458</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: Alguns mitos.** In *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7/8.

<sup>459</sup> Ob. Cit., p. 7.

No que concerne ao procedimento de *mise en état*, as partes, ao participarem da formação das decisões do estabelecimento do procedimento e do calendário processual, têm uma tendência maior de colaboração com o processo e com o andamento processual.

Além de legitimar a atuação judicial, as partes se mostram mais adeptas a atender ao quanto estabelecido. Uma vez que participaram da formação do calendário no qual se desenvolvera o processo e se comprometeram a cumprir com aquelas dilações ajustadas; acredita-se, também, que as partes tendem a evitar incidentes e recursos indevidos. Tudo como decorrência do princípio da colaboração e do espírito de colaboração, postos em evidência quando a fórmula do calendário é posta em prática.

Deste procedimento de *mise en état*, alguns regramentos parecem pertinentes também ao nosso sistema jurídico. Ora, se o juiz brasileiro, com o novo código, ganha a possibilidade de “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito”, ganha poderes para gerir a instrução do processo, podendo se desprender das amarras dos prazos legais.

Até aqui é fácil subtrair a aplicação no direito processual brasileiro. Tome-se o processo civil como exemplo e não haverá dificuldade de imaginar que, no momento da audiência preliminar do artigo 331 do código de processo civil, o juiz já preveja todos os meios de prova e todas as datas em que aquele processo irá se desenrolar, previamente. Ou seja: as partes, naquela oportunidade, já devem esclarecer quais provas irão produzir, quando serão apresentadas no processo e, desde já, fica oportunizada a manifestação e contraprova da parte *ex adversa*.

Colocar as “cartas na mesa”, nesse caso, atende ao princípio da cooperação. O processo passa a ser um “jogo limpo”, impulsionado a um fim: a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Mesmo a prática judiciária e a organização judiciária se mostrariam mais eficazes e apropriadas. Como visto, na França, a evolução da contratualização a ponto de atingir também a organização judiciária apareceu como algo novo, decorrente de uma evolução longa e minuciosamente pensada. Aceitar os reflexos de uma medida sobre o processo também na organização da justiça é crucial para que se atinja a conclusão de efetividade. Note-se que, no exemplo que viemos de vislumbrar, o conhecimento prévio de todos os prazos em que os atos serão praticados economiza, decerto, a quantidade de atos de cartório, como publicações de notificações de vistas para as partes, ou notificações de pedidos das próprias partes.

Uma simples notificação requer o despacho – a ser assinado pelo juiz – o cumprimento deste, o envio para a notificação, a espera pelo prazo e, não cumprido, a

certificação pelo descumprimento. Todos esses atos seriam economizados, para, apenas, o último deles: a certificação pelo descumprimento, na hipótese em que houvesse alguma penalidade a ser aplicada.

Mas não é só. O sistema de preclusão fortificado desempenha um papel importante. Comprometer-se com o calendário e agir em cooperação, já se viu, é agir com lealdade. Implica, logicamente, a parte colocar “as cartas na mesa” desde o primeiro momento, submetendo-se ao regime de preclusão que seguirá este ajuste prévio. Esta compreensão é crucial para que seja possível, de fato, atingir a economia, sob pena de, ao final, o processo se tornar uma sucessão de pedidos de devolução dos prazos.

Ajustado o comprometimento das partes, não há razão para o retorno. Note-se que mesmo a devolução dos autos poderá constar do calendário, o que permitirá, observado um certo interstício, o sucesso do calendário. E se a parte descumprir? Há o sistema preclusivo e, mesmo havendo a devolução do prazo para a parte contrária, o processo ficará conclusivo em face do descumpridor.

É justamente por isso que nem todo processo estará disponível para ser *mise en état* (posto em estado de julgamento) através do calendário processual. Não é toda demanda que estará passível de uma organização inicial de todos os atos processuais que lhe seguirão.

Mas aqui, para a consecução da pretensão legislativa, o juiz, que acumula o poder de administração e gerenciamento do andamento processual, deve valer-se do bom senso. Não se pode afastar do fato de que, nem lá na França, e nem aqui, esses institutos não podem ser aplicados como cláusulas gerais. São formas de adaptação a serem utilizadas nos processos que a elas se mostrem adaptáveis. A pretensão não é de generalizar para que todos os processos sejam rápidos, e sim, para que todos os processos tenham o curso adequado, dentro de um prazo razoável, consideradas as suas condições particulares.

De novo, adequação afasta-se de qualquer ideia de generalização, porque busca conferir algo específico para uma determinada situação. É por isso que, na França, o processo poderá ser submetido a três diversas formas de circuito, consideradas as suas características particulares.

A fixação de audiência para estabelecimento de um calendário e estabelecimento prévio de datas dos atos processuais e provas a serem praticados pelas partes é de todo possível. Não afastamos o fato de que existem, ainda vigentes, normas processuais prevendo os prazos para a produção de muitos dos atos do processo – o prazo para a contestação, para a réplica, para manifestação sobre o laudo pericial. Todos estes prazos, conforme o caso

concreto, podem se mostrar excessivos ou insuficientes, algo que poderia, em comum acordo, ser ajustado entre o juiz e as partes, na fixação do calendário.

Com isso não se diga que poderia haver qualquer prejulgamento por parte do magistrado de *mise en état*. É bem certo que nada impede a sua participação posterior no curso do julgamento, após a conclusão do processo – o que, no caso do processo brasileiro regido sob um juiz singular, ocorreria de toda sorte. O estabelecimento da controvérsia e dos meios de prova, com a determinação das datas e serem observadas, não gera qualquer análise da procedência ou improcedência do mérito. Não há, pois, qualquer prejulgamento.

Entretanto, o seu julgamento processual inicial, para a fixação do calendário ou para a definição do circuito no qual seguirá a causa, considera estritamente as alegações feitas pelas partes no processo. Assim, o seu julgamento não leva em consideração a procedência ou improcedência do processo, mas as particularidades atinentes àquele processo, enquanto um procedimento que dependerá de instrução (prova) e julgamento.

Adaptar atos processuais, sua ordem e, eventualmente, os seus prazos, são opções que podem ser admitidas em virtude do princípio da adequação, enquanto decorrência do devido processo legal, exatamente como já referenciado nos itens precedentes.

Poder-se-ia imaginar uma eventual contradição entre o calendário processual e a regra contida no art. 182 do CPC<sup>460</sup>. Todavia, o dispositivo em referência há de ser repensado. Engessar o processo com prazos peremptórios legalmente previstos significa, exatamente, olvidar a necessidade de adaptação de cada demanda ao caso concreto. A reunião das partes com o juiz, no estabelecimento do calendário, permite que os prazos sejam definidos em conformidade com a necessidade e, mais ainda, atrai a cooperação das partes.

Admitido o princípio da adequação, a regra de congelamento dos prazos conforme previsão legal expressa não se coduna com a principiologia do ordenamento processual.

Em verdade, há que se analisar o princípio da adequação em face da regra referenciada e, conseqüentemente, dos valores ali constantes, como inalterabilidade e peremptoriedade de prazos – que são considerados, por doutrinadores processuais<sup>461</sup>, como princípios concernentes aos prazos – a fim de extrair o seu real significado.

Isto porque, observada esta regra à luz da adequação processual, mostra-se possível a aplicação do calendário processual. Explico.

---

<sup>460</sup> A redação do dispositivo segue transcrita: Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias. Parágrafo único. Em caso de calamidade pública, poderá ser excedido o limite previsto neste artigo para a prorrogação de prazos.

<sup>461</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 1º vol. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 304.

De acordo com a previsão do código de processo civil em referência, os prazos peremptórios não poderão ser modificados pelas partes. Esta previsão não contradiz a ideia do calendário francês já estudado de que, estabelecidos os prazos e assumido o compromisso relativo ao seu cumprimento, não poderão as partes, ainda que mediante acordo entre si, alterar os prazos por sua vontade. A ótica que nortear o intérprete é no sentido de que a peremptoriedade do prazo não decorre do seu estabelecimento em lei.

Quem confere ao prazo a característica de peremptório não é, necessariamente, a legislação. Não é a fonte do prazo que determina se ele é peremptório ou não (advir da lei ou da vontade das partes)<sup>462</sup>. O que define a peremptoriedade do prazo é a possibilidade de alteração deste, de maneira que são peremptórios aqueles que não admitem nenhuma espécie de alteração, porque se qualificam como prazos fatais<sup>463</sup>.

Pois bem. Estes prazos podem ser estabelecidos de forma peremptória no próprio calendário processual e pelo magistrado, conforme modelo estudado. Note-se que o calendário não implica alteração de prazos pelas partes, mas estabelecimento pelo juiz – frise-se: pelo magistrado “piloto” da relação processual – dos prazos que serão peremptoriamente observados pelas partes, que participam desta definição.

Restou assinalado que a alteração do direito francês decorreu, exatamente, da vontade de retirar das partes o controle sobre o andamento do processo (o processo deixava de ser “a coisa das partes”). O juiz, na condição de gestor do processo, estabelece seus prazos de forma peremptória no calendário, na medida em que o desrespeito aos prazos é sancionado, inclusive, com a conclusão do feito em relação à parte que não observou o ajuste, consoante estudado previamente.

Destarte, neste modelo, a peremptoriedade e a inalterabilidade mostram-se, inclusive, mais justas, tendo em vista que os prazos são definidos na presença das partes, ouvidos os seus advogados, e, sobretudo, considerado o caso concreto e suas necessidades específicas. Tal, por si só, já atrai a cooperação das partes, atendendo também, assim, ao princípio da cooperação processual.

Do quanto visto, então, não se considera existir qualquer incompatibilidade entre o calendário processual e o direito processual brasileiro. O juiz, na condição de gestor do processo, poderá adaptar as regras previstas na legislação, dentre as quais residem as normas

---

<sup>462</sup> DIAS, Norma Chrissanto. **Os prazos processuais e seu reflexo na efetividade do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 107.

<sup>463</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243.

de fixação de prazos processuais, estabelecendo-os de acordo com as características da demanda.

Nada impede, pois, que, em comum acordo com as partes, o juiz atinja um consenso sobre os prazos a serem obedecidos. Aliás, a interpretação conferida nas linhas precedentes implica concluir que o art. 182 do CPC corrobora a possibilidade do compromisso de fixação do calendário processual.

Observe-se, em resumo, que o calendário processual significa muito mais do que poderíamos imaginar, à primeira vista. Explico. É que a possibilidade de o juiz firmar, juntamente com as partes, o calendário do processo e, assim, proceder à fixação dos prazos processuais, vai além. Implica a inexistência de prazos legais peremptórios durante toda a fase de instrução, para os atos que devem ser praticados pelas partes. A instrução terá os seus prazos fixados livremente pelo juiz, com a concordância das partes.

Não apenas o calendário processual, mas o procedimento de envio imediato à audiência tem um valor muito importante a ser avaliado, inclusive quanto à eventual possibilidade de importação. Naquele procedimento (*renvoi à l'audience*), o réu, até a primeira audiência, poderá ser notificado pelo próprio autor e, em virtude disso, o acionado ainda não ter apresentado a sua contestação no momento do encontro com o juiz (audiência). Destarte, neste primeiro momento, de logo, haverá a possibilidade de conciliação das partes e, sobretudo, o estabelecimento dos meios de prova de cada uma – o que facilita a solução conciliada do direito material.

Admitir a produção de prova anterior à contestação poderá implicar não apenas a efetividade do processo, mas a extinção prematura de uma demanda que, dada esta prova, não teria futuro.

Imagine-se, portanto, um processo em que uma prova seja essencial para o reconhecimento da existência do direito – a exemplo da ação de reconhecimento de paternidade. A realização da prova – o exame de DNA, no caso – poderá ocorrer, se assim concordarem as partes, antes mesmo da formulação da contestação pela parte *ex adversa*. A conciliação encontra terreno mais propício no processo com robustas provas preconstituídas.

A matéria litigiosa delimita-se *ab initio*, antes da contestação, quando a prova do fato – especificidade da matéria conforme o caso concreto – demonstrar ser esta a forma mais adequada.

Outro ponto relevante do procedimento francês e de plena aplicabilidade no processo brasileiro concerne à dispensa da fase de instrução. Demandas repetitivas, que versam unicamente sobre matéria de direito, não têm necessidade, sequer, de marcação de

audiência de instrução. Se a pretensão do trabalho foi, como dito, aplicar a todos os tipos de processo, observemos, agora, o processo do trabalho.

O processo do trabalho foi pensado e estruturado para atender às relações empregatícias, baseadas no princípio da primazia da realidade. Também aqui, a legislação não acompanhou a complexidade e diversidade de causas que se põem diante do judiciário trabalhista. Imaginar que todas as demandas requerem a realização de uma audiência é considerar o todo, unicamente, sem dar importância à necessidade de adequação dos processos. Também lá há atrasos indevidos, por excessos de demandas, assim como há o clamor por ainda mais celeridade e qualidade.

Impor à pauta de um juiz do trabalho uma demanda que versa unicamente sobre matéria jurídica, ou ainda, demandas repetitivas, cuja ausência de possibilidade de acordo é patente – porque, em muitas delas, não seria acordo, mas reconhecimento da procedência do pedido – é ocupar o espaço de outra demanda que tem mais urgência pelo encontro pessoal com o magistrado e pela produção efetiva de prova oral.

Mesmo no processo penal é possível imaginar a pertinência destes institutos. Imaginemos, então, uma ação penal privada. Nestas hipóteses, a ação é proposta diretamente pelo ofendido (procedem-se mediante queixa), que, em nome próprio, defende um interesse que é do Estado: a repressão a delitos. Permanece com o Estado o direito de punir, mas a ação poderá ser diretamente proposta pelo cidadão.

Este processo tem, como um de seus princípios, a disponibilidade do direito de ação.

Por isso mesmo, pode-se imaginar uma situação em que o juiz convocaria as partes envolvidas imediatamente em audiência, com o fito de, dado o eventual pedido de desculpas, conseguir atingir imediatamente o perdão pelo autor ou a desistência – tratamos, apenas, da ação penal exclusivamente privada<sup>464</sup>, pois o tão festejado tema da justiça restaurativa na ação penal pública é tema digno de dissertação própria<sup>465</sup>. Não se trata de

---

<sup>464</sup> A ação pena privada pode ser conceituada da seguinte forma: “A ação penal será de iniciativa privada quando o código penal disser 'somente se procede mediante queixa'. (...) Nos delitos de ação penal privada, o particular é o titular de uma pretensão acusatória e exerce o seu direito de ação sem que exista delegação de poder ou substituição processual. Em outras palavras, atua com um direito próprio (o de acusar) da mesma forma que faz o Ministério Público nos delitos de ação penal de iniciativa privada.” LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9a ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

<sup>465</sup> O tema da justiça restaurativa que encanta penalistas da atualidade significa aproximar a vítima e a sua opinião sobre o delito para a solução deste, mesmo quando o crime for passível de ação penal pública. É a retirada do foco punitivo exclusivo do Estado para emprestá-lo, também, à vítima. “Justiça Restaurativa: O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.”

justiça restaurativa, mas da adaptação do procedimento tal qual se encontra previsto na lei – para a ação penal privada –, com vistas a obter o melhor resultado possível, a entrega da melhor prestação jurisdicional possível: a mais adequada.

Dentre os institutos apresentados, entretanto, o requerimento conjunto, em que pese apresente grande utilidade prática, não é compatível com o direito brasileiro. Explico.

Do quanto visto, temos que a *requête conjointe* compõe uma ação proposta por partes com interesses divergentes que, por outro lado, encontram-se de acordo quanto a um ponto: a busca pelo judiciário para a solução do seu litígio<sup>466</sup>.

Os benefícios do instituto francês já foram analisados. Mas, entre nós o advogado não pode patrocinar interesses divergentes em uma mesma demanda. O artigo 17 do Código de Ética e Disciplina da OAB impede a atividade profissional nestes casos, ao passo que o artigo 18 determina que, sendo o caso de interesses conflitantes, o advogado deverá optar por um dos mandatos – o que implicará renúncia ao outro mandato<sup>467</sup>.

---

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça. Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 170-171.

<sup>466</sup> No direito brasileiro, uma figura que se aproxima, mas não se confunde, é o dissídio coletivo trabalhista que, para ser suscitado, requer que as partes estejam “em comum acordo”, uma vez recusada a conciliação ou a arbitragem (art. 114, §2º da CF/88). A menção ao comum acordo não gerou reação unânime da doutrina. Alguns consideram que o referido dispositivo é inconstitucional, na medida em que o “dissídio” pressupõe um conflito, que não poderia ser afastado do poder judiciário. Trata-se, então, da vertente que considera que a inserção do “comum acordo” no §2º o art. 114 é inconstitucional – trata-se de emenda constitucional inconstitucional. Entretanto, em sentido diverso e majoritário, entende-se que não há atrito entre essa previsão e aquela do art. 5º, XXXV da CF/88, haja vista que, no caso do dissídio coletivo, não há lesão ou ameaça de lesão a direito, mas uma competência excepcional da justiça do trabalho que atua criando normas que regerão a relação das partes envolvidas. Corroborando este entendimento, encontramos SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** 4ª edição. São Paulo: LTR, 2011, p. 1116. O enunciado 35 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho também apoia a constitucionalidade, sendo o entendimento dos doutrinadores em processo do trabalho [DISSÍDIO COLETIVO. COMUM ACORDO. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE AO ART. 114, §2º, DA CRFB. Dadas as características das quais se reveste a negociação coletiva, não fere o princípio do acesso à justiça o pré-requisito do comum acordo (§2º, do art. 114, da CRFB) previsto como necessário para a instauração da instância em dissídio coletivo, tendo em vista que a exigência visa a fomentar o desenvolvimento da atividade sindical, possibilitando que os entes sindicais ou a empresa decidam sobre a melhor forma de solução dos conflitos.] O acordo entre as partes, aqui, limita-se à convenção para procurar o judiciário para solucionar o litígio. Distancia-se, portanto, do instituto francês, na medida em que as partes estarão, sozinhas, representando o seu interesse em face/contra da/a parte contrária. O acordo limita-se unicamente à busca do Judiciário na sua atuação excepcional legiferante. Distancia-se da *requête conjointe*, não apenas pelo consenso na busca do judiciário, mas pela finalidade: não se presta a uma solução judicial para aplicar o direito a um dissídio, mas um solução que crie o direito que vigorará entre as partes. Ainda afirmando a constitucionalidade, tem-se o parecer do Procurador Geral da República na ADIn n. 3432-4/DF, exatamente por reconhecer a finalidade excepcional e distinta dessa ação especial trabalhista: “O poder normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.” In BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 7ª edição. São Paulo: LTr, 2009, p. 976. O instituto aproxima-se portanto, do instituto francês somente pelo fato de que as partes procuram, em comum acordo, a solução a ser dada pelo judiciário – na França, uma solução jurisdicional; no Brasil, uma solução especial legiferante.

<sup>467</sup> Eis a redação dos dispositivos referenciados: **Art. 17.** Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos. **Art. 18.** Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando

O requerimento conjunto implica exatamente isso: um mesmo advogado patrocina interesses conflitantes, apresentando-os ao Judiciário, que entregará a prestação jurisdicional, nesse caso, consistente na definição de qual das teses jurídicas encontra-se correta.

Aqui, portanto, supera a simples aplicação do princípio da adequação para encontrar limite na própria vedação legal, se observado o instituto tal qual previsto na doutrina alienígena, haja vista que a *requête conjointe* esbarra frontalmente na proibição do Código de Ética.

Por outro lado, o direito brasileiro reconhece instituto similar, quando aceita, por exemplo, apresentação de peça única, desde que subscrita por advogados diversos, como ocorre no divórcio consensual. Note-se que o instituto francês diverge no sentido de que o mesmo advogado patrocina teses jurídicas conflitantes, apresentando-as ao Judiciário, que prolata o julgamento conforme o direito. É uma única ação proposta por partes que, na mesma petição inicial, sustentam fundamentos conflitantes. Entre as partes, no divórcio consensual, há consenso. Entre as partes, no requerimento conjunto francês, não há consenso, porque buscam uma solução a ser imposta pelo juiz, a partir das argumentações expendidas por cada uma.

Outro instituto do direito brasileiro que se aproxima daquele em referência é o parágrafo único do art. 17 da Lei 9.099/95<sup>468</sup>. Nesse caso, tem-se o “pedido contraposto”. Há um procedimento diferenciado, no qual se dispensa a contestação no processo, por valer-se da contraposição havida em cada ação. Assim, são duas ações, duas demandas que, por serem contrapostas, bastam em si, não sendo necessária a apresentação de contestação pelas partes. Assim, uma parte apresenta a inicial e, em ação autônoma, outra parte apresenta a sua pretensão inicial. Reconhecida a existência de demandas contrapostas, são reunidas e enviadas para julgamento conjunto, sem necessidade de contestação pelas partes<sup>469</sup>.

Este instituto é próximo àquele do direito francês, guardando distinção unicamente quanto ao fato de que, para a sua utilização, ambas as partes deverão de ingressar com demanda autônoma. Outra diferença reside naquilo que já foi mencionado: se assim optarem, cada um deverá ter o seu próprio advogado.

---

acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.

<sup>468</sup> **Art. 17.** Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido e a citação. **Parágrafo único.** Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença.

<sup>469</sup> FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, Forense, 1997, p. 199.

Valendo-se a parte do *jus postulandi*, a aplicação do princípio da adequação deve permitir, então, que as partes ingressem com a mesma demanda, apresentando as suas pretensões e os seus pedidos, sem ser necessário que a parte contrária conteste. O artigo em referência permite esta ilação, e, conseqüentemente, a aplicação do princípio da adaptação para reconhecer desnecessário o exercício deste direito em duas demandas autônomas, apresentando-se uma só. A consequência jurídica é a mesma: apresentação de fundamentos jurídicos, sem contestação mútua, com o fim de que o Judiciário entregue a tutela, dizendo quem tem o direito – exatamente o que contempla a *requête conjointe*.

A compreensão dos institutos não se presta apenas ao seu cabimento no direito brasileiro, mas à adoção de uma filosofia de adequar o processo ao caso concreto a fim de que, efetivamente, seja entregue à parte uma prestação jurisdicional devida.

O juiz compõe, decerto, a administração da boa justiça. No caso, não há necessidade de aguardar o legislativo para que se possa conferir ao jurisdicionado aquilo que lhe é devido: a boa justiça. Os exemplos mencionados são apenas alguns caminhos que a diversidade e a complexidade das causas apresentadas ao juiz podem demandar.

E não se trata de um ativismo judicial exacerbado, nem mesmo do magistrado ir além dos seus poderes constitucionais. Foi a constituição - princípio do devido processo legal - quem emprestou ao juiz o poder e o dever de conferir à parte um processo adequado às suas necessidades, que fosse capaz de atender à sua demanda em juízo. Ao juiz, principal administrador do processo concretamente, foi dado o dever de adaptação, sem que isso signifique ultrapassar os limites legais.

## 6 CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. O direito processual não pode ser concebido afastado dos seus princípios, que são os alicerces para a aplicação das demais regras vigentes. A relação entre princípios e regras nos conduz à conclusão de que, aqueles, enquanto normas gerais e abstratas, com pretensão de complementaridade, influenciam na aplicação destas. As regras, por outro lado, contemplam previsões concretas e, por isso, devem estar em consonância com a previsão das normas principiológicas. Todos os princípios processuais, assim, devem ser analisados em conjunto, e, em conformidade com seus mandamentos, deverão ser interpretadas as regras pelo julgador.
2. A concepção atual do princípio do devido processo legal repousa na interpretação estrita do que significa a aceção “devido”. Conclui-se, portanto, que não se pode afastar da ideia de que o processo, nesse contexto, haverá de ser adequado ao direito material posto em litígio. Aliados os princípios que regem o processo civil, é imperiosa a conclusão por um processo que atenda à adequação. Trata-se de compreender o instrumento a partir da sua finalidade: a entrega da prestação jurisdicional de qualidade. Não há devido processo legal se o processo não estiver adequado/correlacionado ao direito material; não há inafastabilidade do poder jurisdicional se a ação não estiver adequada à finalidade, porque não há entrega de um serviço jurisdicional de qualidade; não há duração razoável do processo, se a razoabilidade não se pautar na efetiva necessidade de tempo de cada ato do caso concreto; por fim, não há cooperação quando as partes devem, unicamente, atender a regras rígidas e, muitas vezes, inábeis à finalidade que se prestam.
3. Partindo-se desta premissa, surge a contratualização como um fenômeno que atinge não apenas o processo. Opostamente, inicia-se no direito material, como reação da sociedade à rigidez das normas. A incapacidade do Estado de regulamentar propriamente (adequadamente) as relações dos jurisdicionados fez com que estes passassem, então, a impor sua vontade em todos os ramos do direito, fixando as normas que regeriam as suas relações. A contratualização é a aproximação dos destinatários da norma ao seu conteúdo, a fim de que o comando normativo corresponda à efetiva necessidade da sociedade. Em suma, é nesse contexto, de contratualização do direito, que os jurisdicionados passam a criar as normas que regerão as suas relações materiais, com o fito de que se mostrem o mais adequadas possível às suas necessidades.
4. O movimento de contratualização, nestes contornos, atingiu também o direito processual. O regramento do processo passa a contar com a participação ativa das partes,

destinatárias do comando sentencial. Assim é que, aludir à contratualização do processo ou gerenciamento, portanto, significa aceitar um processo menos formal, mas que implique melhor aproveitamento da justiça e, conseqüentemente, na entrega de uma prestação jurisdicional mais adequada ao cidadão.

5. Mas não se trata unicamente de possibilitar a ampla liberdade de organização às partes; não se pode ser atraído para a ideia de privatizar integralmente o andamento do processo, que compõe o serviço público da justiça. Por isso que, para atingir esse desiderato de maneira organizada e respeitosa, foi atraído o magistrado para a gestão da relação jurídica processual, aproximando-os das partes, que participam – sob a direção do juiz – da produção das regras que regerão o andamento do serviço judiciário, o desenvolvimento do procedimento. Contratualizar o processo implica trazer, também para este ramo do direito, a lógica do contrato, a lógica do consenso. A liberdade de contratar, entretanto, é temperada com a gestão de um juiz forte, com poderes para controlar o bom andamento processual.

6. A experiência francesa alcançou sucesso na intenção de dirimir não apenas o tempo do processo, mas a qualidade das decisões proferidas. Reconhecer o “tempo morto” do processo requer uma pesquisa profunda, que seja capaz de identificar os espaços processuais carentes de eliminação ou de melhor utilização.

7. Realizados estes estudos e diagnosticados os espaços inúteis, advieram as alterações legislativas, na França, baseadas nos princípios da celeridade, devido processo legal e na busca pela qualidade. Considerava-se inútil, portanto, o tempo do processo despendido com um ato processual, quando o tempo ou o ato fossem desproporcionais à finalidade e, assim, não atendessem a estes princípios. Desde então, todos os institutos já analisados demonstram que a finalidade foi atingida com as reformas do processo civil francês.

8. A cisão dos procedimentos permitiu a especialização de um juiz em relação à fase de instrução. A previsão da fase e do juiz de instrução, com a ampliação dos seus poderes fortaleceu o sistema de preclusão e o processo passou a ser uma marcha para frente.

9. Assim, restou estabelecido que as partes, em cooperação com a gestão diretiva do juiz, determinarão o tempo do processo, mediante a fixação de um calendário processual.

10. Destarte, juntamente com as partes, e contando com a sua cooperação, o juiz de instrução fixa o calendário processual, cujo respeito é imperioso, sob pena de conclusão do feito em face da parte que não observe a sua obrigação processual.

11. Mas a noção de tempo do processo é relativa e deve atender à necessidade do caso concreto. Atento a isso, o procedimento francês previu a possibilidade de dispensar a fase de

instrução processual, ou a possibilidade da parte se submeter a um procedimento de urgência, com dia fixo para instrução e julgamento. Em algumas situações, os processos poderão ser dispensados da fase de instrução ou ter um procedimento cuja data de julgamento é designada desde o ingresso da demanda. Em ambos os casos, o objetivo foi conferir a cada tipo de pedido o procedimento que lhe é pertinente.

12. A instituição do juiz de *mise en état*, nesse contexto, visou entregar a um magistrado poderes suficientes para a boa condução da fase de instrução, fixando os atos processuais que se mostrassem condizentes com o processo especificamente considerado. A este juiz incumbe a divisão dos prazos e a observância do cumprimento, pelas partes, dos seus deveres no processo.

13. Ou seja: observados os princípios ensejadores das reformas, detalhadamente, algumas conclusões saltam aos olhos. Os princípios que influenciaram as alterações do direito processual francês são similares àqueles do direito processual brasileiro, os quais tornam imperiosa a realização de reformas também no processo civil nacional. O cabimento de um pensamento reformador, capaz de conferir efetividade ao processo civil no Brasil, é inegável. A um, o devido processo legal determina a adequação, porque somente será devido se atender a três dos fundamentos da reforma francesa: a efetividade, a duração razoável e a qualidade. A dois, do devido processo legal subtrai-se a adequação, que implica que o magistrado deve proceder ativamente, entregando ao jurisdicionado não apenas uma decisão, mas uma decisão que tenha sido proferida em processo adequadamente desenrolado.

14. O ordenamento nacional ingressa na era da adequação do processo, não exatamente por opção, mas por necessidade de atender à demanda de um processo que atinja o seu fim: a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Ganha relevo, portanto, o princípio da adequação processual que, nesse contexto, não consiste, apenas, em uma ilação interpretativa acerca de um outro princípio constitucional, mas de verdadeiro princípio autônomo informador do ordenamento processual pátrio.

15. Essa necessidade de adaptar o processo não conduz à conclusão de liberdade plena de formas. O próprio direito francês questiona a possibilidade de ampliação das reformas para que penetrem outros âmbitos do direito processual, além do tribunal de grande instância<sup>470</sup>. É preciso solucionar um problema, sem, contudo, atrair outro. Forçoso concluir, portanto, que esta adaptação encontra limitação nos demais princípios que fundamentam o direito processual.

---

<sup>470</sup> DOUCHY-LOUDOT, Méline. La scission des phases de l'instance: la mise en état. Ob. Cit. P. 241.

16. Como se disse, não se trata de ampliar os poderes do juiz ao ponto de uma tirania judiciária. Mas, o momento histórico-processual brasileiro clama por uma solução que seja capaz de combater a morosidade judiciária decorrente de uma diversificação pobre dos procedimentos, em face da complexidade crescente dos casos concretos.

17. É imperiosa uma mudança cultural dos magistrados, a fim de perceberem a necessidade de adequação e adaptação, com vistas a atender à real expectativa de jurisdicionado e à finalidade do serviço público que prestam à sociedade. Aceitar a flexibilização do processo civil é compreender a aplicação do princípio da adequação na sua exata medida no ordenamento brasileiro. Esta adaptação é condizente com o estabelecimento de regras processuais consonantes com as especificidades do caso concreto. A mudança cultural consiste, exatamente, em aceitar que estas regras não precisam decorrer do legislador, tendo em vista que, a vigência de um princípio da adequação, concentra no magistrado poder suficiente para esta atividade. Este estabelecimento de regras se opera pelo magistrado, previamente e, sobretudo, em respeito ao contraditório, afastando, assim, qualquer alegação de desconhecimento das normas processuais – exatamente como ocorre no exemplo francês.

18. O que certamente não se pode perder de vista é que a adaptação tem uma finalidade bem contornada: melhor atender à necessidade daquele processo especificamente posto a julgamento. Nessa esteira, a adaptação busca, em verdade, uma melhor entrega da tutela jurisdicional (serviço público), o que, decerto, não se confunde com simples eficiência ou celeridade na entrega desta. Não basta dar uma solução ao litígio se esta solução, por exemplo, não atende à própria necessidade daquele que buscou a tutela, ou mesmo, da parte que pretende a produção da sua defesa.

19. Não é a celeridade a todo preço. A velocidade do processo, por si só, não é, e nem deve ser, o único critério de adaptação. É certo que a boa entrega da prestação jurisdicional passa por uma entrega eficiente e célere, mas, sobretudo, passa pelo atendimento ao princípio da duração razoável do processo; esta razoabilidade de duração irá variar de acordo com cada processo especificamente apresentado para o magistrado.

20. Valendo-se do direito processual francês como paradigma, nota-se que houve uma diminuição dos atos a serem praticados pelas partes. Foram observados os pontos de lentidão e identificados os atos processuais que ralentavam a marcha processual. Daí que apenas alguns processos passam por todas as fases, porque assim demanda o direito material apresentado. O magistrado deve objetivar a que as partes mantenham apenas os debates úteis. O magistrado imprime ritmo ao processo, e, para tanto, tem à sua disposição os meios necessários para que as partes obedeçam às suas determinações.

21. Nesse sentido, Cadiet<sup>471</sup> chega a afirmar que o princípio da lealdade é mais importante para o processo do que aquele da eficiência. Para ele, a lealdade é um fator de eficiência, ao passo que a eficiência não necessariamente será um fator de lealdade.

22. Para a adaptação do processo, portanto, é preciso se desprender das amarras das regras com aplicação igual a todos os casos, bem como das técnicas processuais com utilização idêntica para toda e qualquer demanda.

23. Para que se admita um processo adequado, é imperioso afastar-se de dilações indevidas. Assim, não havendo maiores questionamentos em defesa e não sendo juntados documentos fartos, a situação aponta para uma audiência una, dando ao processo a eficácia por ele merecida. Qualquer tempo inútil é tempo perdido para as partes e, também, para o órgão jurisdicional.

24. É nesse sentido que o processo francês atende a cada uma destas situações, com a adequação dos procedimentos, de acordo com suas especificidades, aos circuitos longo, médio e curto. O juiz, na condição de gestor do processo, é capaz de estabelecer previamente as regras de processo, os prazos, assim como as regras de preclusão processual que o permitirão sancionar a parte que desrespeite o ajuste do calendário. O estabelecimento de tais regras, de forma prévia e em conjunto com as partes, atrai a cooperação das partes e, sobretudo, atende ao comando de respeito ao devido processo legal e contraditório. O paradigma francês encontra-se aliado às características do direito processual brasileiro e, sendo assim, torna-se um exemplo de sucesso a ser almejado.

25. Adaptar é dar a solução adequada ao caso. É o processo sob medida. Assim, para certos casos, o procedimento escrito melhor atenderá à lealdade e ao contraditório, ao passo que, em outros casos, o procedimento oral se mostrará mais eficiente. O estabelecimento não apenas dos prazos, mas da forma de prática dos atos processuais ficará a cargo do magistrado e, assim, condizente com a demanda em concreto.

26. A experiência francesa permite a importação de alguns desses institutos, sempre se observando a compatibilidade com o direito processual vigente. Repisa-se que o magistrado tem o poder de gestão, mas não pode se tornar um tirano das regras do processo, devendo respeito às normas de processo que impunham uma conduta a ser necessariamente observada. A contratualização do processo francês e a solução encontrada nas reformas procedimentais se mostram como um paradigma de adaptação interessante para o processo brasileiro. O sucesso do empreendimento francês, com o estabelecimento prévio dos prazos a

---

<sup>471</sup> CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles....** Ob. Cit. P. 109.

serem cumpridos e a preparação das partes e do órgão jurisdicional acerca de todo o andamento do processo, não pode ser olvidado.

27. O processo adequado atende a um pensamento lógico de que o bom serviço é aquele que responde à expectativa de quem o contrata – no caso, o serviço da justiça. Do mesmo modo que o sapato folgado sai do pé e nos faz cair, o sapato apertado nos causa calos e dores. Precisa do número certo. Como diz o ditado popular: “cada panela tem a sua tampa”.

## REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Político y constitucionales, 2002.

ANDRADE, Érico. **As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo**. RePro 193. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva: 1984.

\_\_\_\_\_. **O futuro da justiça: Alguns mitos**. In *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O processo civil contemporâneo: Um enfoque comparativo**. In *Temas de Direito Processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Por um processo socialmente efetivo**. In *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. In *Temas de Direito Processual –oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004

BARLOW, Frank. **The feudal kingdom of England**. 4th Ed. New York: Longman, 1988.

BARTOLOME, Placido Fernandez –Viagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Madrid: Editora Civitas S. A., 1994

BASTOS, Celso R., e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. 2ªedição. São Paulo: Saraiva, 2001

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6a edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/\\_lei-principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm)>. Acesso em: 07 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/\\_lei-principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm)>. Acesso em: 07 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 07 out. 2012.

BRUNET, Andr e. **Droit au proc es équitable et contrôle de la motivation des décisions de la cour de cassation.** In « Justice et droits fondamentaux ».  tudes offertes   J. Normand. Paris: Litec, 2008.

CADIET, Loïc. **Construire ensemble des débats utiles...** In *Mélanges Jean-Bufferet – La Procedure en tous ses  tats*. Paris : Petites Afiches, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dictionnaire de la justice.** Paris : Presses Universitaires de France, 2004.

\_\_\_\_\_. **Et l s principes directeurs des autres proc es ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du proc es.** In *Justice et droits fondamentaux*.  tudes offertes   J. Normand. Paris: Litec, 2003.

\_\_\_\_\_. **Judicial Case Management In France – Tradition Into Modernity. About some aspects of contemporary tendencies in French civil procedure.** Palestra no Congresso: *Towards a Chinese Civil Code: Historical and Comparative Perspective*, Hong Kong, 23 de outubro de 2010, em fase de publica o.

\_\_\_\_\_. **La théorie du proc es et le nouveau management de la justice : processus et procédure.** In JEULAND, Emmanuel (sous la direction de), *Le nouveau mangement de la justice et l'indépendance du juge*, Paris, Dalloz, ainda em fase de publica o.

\_\_\_\_\_. **Le process civil   l'épreuve de la complexité.** In études   la mémoire du professeur Bruno Oppetit. Paris: Litec, 2009

\_\_\_\_\_. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil,** in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*. Paris: Litec, 2008.

\_\_\_\_\_. **Propos Introductif: “faire lien”.** In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé.** 7a edi o. Paris : LexisNexis, 2011.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume III. 8ª edi o. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdi o.** São Paulo: Saraiva, 1981.

CANELLA, Maria Giulia. **Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David, **Le Système Juridique Français à l'ère de La contractualisation**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CORNU, Gérard. **Les principes directeurs Du proces civil par eux-mêmes**. In Études offertes à Pierre Bellet. Paris : Litec, 1991.

COUCHEZ, Gérard, LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. 16a edição. Paris: Éditions Dalloz, 2011.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

CRISTOFARO, Marco de. **Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo**. Rivista di Diritto Processuale. N.2. ano 65.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority**. New Haven: Yale University Press, 1986

DIAS, Norma Chrissanto. **Os prazos processuais e seu reflexo na efetividade do processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 14ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14a edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

DORSNER-DOLIVET, Annick. **Les incertitudes de la mise en état dans la jurisprudence**. Gaz. Pal., 1986.

DOUCHY-OUDOT, Méline. **La scission des phases de l'instance: la mise en état**. In *Melanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*. Paris: Dalloz, 2009.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997.

FRANÇA, **Code de Procédure Civile**. 103a edição. Paris : Dalloz, 2011.

FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, Forense, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARNER, Brian A. org. **Black's Law Dictionary**. 6ª Ed. Londres : West Group, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

HÉRON, Jaques, LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé**. 4a edição. Paris: Montchrestion, 2010.

JULIEN, Pierre, FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. 3a edição. Paris: LGDJ, 2009.

LACERDA, Galeno. **O código como sistema legal de adequação do processo** in Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – comemorativa do cinquentenário. Porto Alegre, 1976.

LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procédural**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9a ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès**. La documentation Française, 2004.

\_\_\_\_\_. **L'effectivité des droits passe par des procédures adaptés**. JCP, G, I, 2008, 145.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **O devido processo legal substantivo: Razão abstrata, função e características de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009

MOTULSKY, Henri. **Écrits, etudes et notes de procédure civile**. Paris: Dalloz, 2010.

MOUGENOT, Dominique. **Principes de droit judiciaire privé**. Bruxelas : Larcier, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4a edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**. Lisboa: Almedina, 2009

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 1º vol. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPIOT, Alain. **La Contratualisation de la Société**. In MICHAUX, Yves (éd). *Qu'est-ce que l'humain*. V. 2. Paris : Ed. Odile Jacob, 2000.

TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendario del processo - Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.** Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. 4/2010.

TREILHARD, Jean-Baptiste. **Exposé des motifs des livres 1er et 2e de la première partie du Projet de Code de procédure civile, présentés au Corps législatif**. In *Code de Procédure Civile*. Paris: N.Renaudière, 1806.

VAN COMPERNOLLE, Jacques. **Le Droit D'Être Jugé dans un Délai Reasonnable: Les Effectivités d'un Droit Processual Autonome**. In « Justice et droits fondamentaux ». Études offertes à J. Normand. Paris: Litec, 2008.

\_\_\_\_\_. **Quelques Réflexions sur un Principe Émergent : la Loyauté Procédurale**. In Mélanges en l'Honneur de Serge Guinchard. « Justices et droit du procès. Du légalisme procédurale à l'humanisme processuel. » Paris : Dalloz, 2010.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça. Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008.