A FLEXIBILIZAÇÃO DAS FORMAS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E O REALINHAMENTO DOS PODERES DO JUIZ NOS LIMITES DA SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

THE FLEXIBILIZATION OF THE FORMS IN THE CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE AND THE REALIGNMENT OF THE JUDGE'S POWERS WITHIN THEIR DEMOCRATIC LEGITIMACY

Ana Paula Rebelato Luizão*
José Mauro Luizão**

RESUMO

Trata da evolução do direito processual brasileiro, das alterações procedidas nas duas últimas décadas e das possibilidades ainda em aberto de adaptações visando ao acesso à justiça e à efetividade do processo e da prestação jurisdicional. Discorre sobre as características do estatuto processual nacional, herdeiro do liberalismo e do positivismo prevalecentes no século XIX, acrescidas do formalismo e do apego à rigidez da norma legislada típicos da tradição romano-germânica. Menciona a nova conformação dos sistemas processuais contemporâneos, amoldados às exigências da complexidade da sociedade atual e ao papel assumido pelo Estado a partir da segunda metade do século XX. Aborda as reformas procedidas do estatuto processual e possibilidades ainda em aberto de novas modificações pela via da técnica processual, as quais devem caminhar no sentido da eliminação das formas inúteis ou na sua flexibilização, o que implica necessariamente atribuir maiores poderes ao juiz na condução do processo. Ressalva que as formas processuais não são destituídas de finalidade, porque se destinam a assegurar a previsibilidade da atuação dos sujeitos processuais, aspecto do princípio do contraditório, além de conferir legitimidade democrática à atuação jurisdicional. Conclui pela possibilidade de se avançar na busca da efetividade e da celeridade do processo, pela via da flexibilização das formas processuais, sem que se caracterize ameaça concreta às garantias fundamentais processuais e à legitimidade democrática da atuação jurisdicional.

Palavras-chave: Técnica processual. Flexibilidade das formas. Poderes do juiz. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

This paper focuses on the evolution of the Brazilian procedural law, on the changes proceeded in the past two decades as well as on the possibilities still open to acess to adjustments aimed at acess to justice and the effectiveness of the process and adjudication. It discusses about the national procedural statute's characteristics, heir of the liberalism and positivism that prevailed in the nineteenth century, plus the formalism and attachment to the rigidity of the principles legislated which are typical of Roman-Germanic tradition. It mentions the new conformation of contemporary procedural systems, adjusted to the requirements of the modern society's complexity the and to the role assumed by the State from the second half of the twentieth century. It also remarks the reforms incurred in the procedural statute and some

* Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina

of the possibilities still open to further changes by means of procedural techniques, which should move towards to the elimination of useless forms or towards their flexibility, which necessarily implies the assignment of greater powers to the judge in the process conducting. It point out that the procedural forms are not purposeless, because they are intended to ensure the predictability of the procedural subjects performance, aspect of the adversarial principle, in addition to granting democratic legitimacy to court actions. It concludes by highlighting the possibility of advancing towards an effective and cerelity civil procedure by means of the flexibility of procedural forms without implying actual threats to the fundamental procedural guarantees and democratic legitimacy of court actions.

Keywords: Procedural techniques. Flexibility of forms. Judge's powers. Democratic legitimacy.

Introdução

O processo civil brasileiro, fiel à tradição romano-germânica, foi até recentemente caracterizado pela ideologia liberal e pela adoção de rigoroso formalismo, marcas que indicam a desconfiança na figura do juiz, por razões históricas ou porque careceria o Judiciário de legitimidade democrática, somente alcançável por meio de eleição popular.

Essas características liberais e, mais claramente o formalismo e a negativa de atribuição de poderes para o juiz, foram substancialmente atenuadas com as reformas realizadas no Código de Processo Civil a partir de 1994.

A estrutura pocessual precisou ser modificada em razão do refluxo liberal ocorrido na Europa na metade do século XX e que se incorporou ao nosso direito a partir da Constituição de 1988. O direito civil e o direito processual civil não mais se amoldavam à complexidade da vida contemporânea e à conformação do ordenamento jurídico exigida pela Constituição. A incorporação de estratos sociais e econômicos diferenciados à vida política do Estado suprimiu qualquer pretensão de regulação exaustiva das relações sociais por meio de fórmulas universais e abstratas. Via de consequência a solução judicial das controvérsias, potencializada pelo incremento quantitavo do acesso à Jusitça, passou a demandar um processo amoldado a essas novas exigências.

As primeiras exigências do processo adequado ao contemporâneo Estado Democrático de Direito são a afirmação da sua visão publicista e o redimensionamento das formas processuais.

A visão publicista do processo implica considerá-lo instrumento fundamental para que o Estado exerça a tarefa de solucionar conflitos, razão pela qual sua função primordial é servir à jurisdição. Considerando que o processo não pode mais ser caracterizado a partir do

desejo das partes, substitui-se a primazia do interesse individual pelo interesse da atuação jurisdicional visando à satisfação dos seus escopos jurídicos, sociais e políticos. É neste sentido que as formas processuais devem ser concebidas e interpretadas. É exigência do processo justo e efetivo que as formas processuais sejam observadas na estreita medida das suas funções de garantia e de fundamento de legitimidade da função jurisdicional.

As regras formais, portanto, não podem ser desconsideradas, o que não implica atribuir-lhes interpretação rígida ou privilegiar a forma em detrimento do seu conteúdo e da sua finalidade. Deve-se considerar ainda que a interpretação das formas deve ser procedida tendo por referência o atendimento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, considerando-se os valores democráticos que os informam, especialmente a isonomia entre os litigantes.

A flexibilização das formas visando à sua função de instrumentalidade do processo, no entanto, implica necessariamente o aumento dos poderes do juiz na instrução processual, com o consequente abrandamento das regras e finalidades do princípio dispositivo.

A atribuição de protagonismo ao Judiciário esbarra nos limites da legitimidade democrática, porque o magistrado não é eleito pelo voto popular, razão pela qual qualquer decisão que desborda do comando da norma legal genérica e abstrata assume caráter contramajoritário. Entretanto, essa atuação eventualmente em desacordo com as normas emanadas da maioria democrática não é senão uma das vertentes da exigência contemporânea da proteção dos direitos fundamentais e do acesso à justiça.

Positivismo, liberalismo e formalismo do direito brasileiro

O direito processual alcançou sua autonomia e seu desenvolvimento científico na segunda metade do século XIX, justamente quando floresciam na Europa o *positivismo* e o *liberalismo*. A construção da teoria do processo, por conseguinte, foi procedida em um ambiente que resultou na atribuição de características invariavelmente liberais, em todos os ordenamentos jurídicos. Entrementes, o *positivismo* se traduzia nos ordenamentos jurídicos segundo modelos distintos, não necessariamente formalistas. Por conseguinte, a hegemonia do positivismo e do liberalismo no processo não necessariamente resultou no apego às fórmulas rígidas provenientes da lei escrita.

O *positivismo* afirma a prevalência do valor do mundo objetivo, dado, posto ou real, sobre o meramente pensado, desejado ou valorizado por um sujeito qualquer. Designa correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e consequentemente pela

rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico (BARZOTTO, 2006, p. 642-643). Neste sentido, o *positivismo* não é senão um passo que a racionalidade iluminista não pôde evitar. Conforme Aquiles Cortes Guimarães (1997, p. 98), contestados os dogmas do catolicismo, de triunfo em triunfo, a razão vai aos poucos firmando sua trilha na ordem da positividade, como se o homem tivesse descoberto toda a *possibilidade* do mundo na sua própria subjetividade. O racionalismo do século XVIII foi apenas mais uma etapa na trajetória da afirmação progressiva da crença na razão.

Auguste Comte estabeleceu uma racionalidade científica no processo histórico-social, ou seja, organizar cientificamente a humanidade a partir dos paradigmas das ciências da natureza. O romantismo deveria ser combatido, porque o homem romântico tornaria inviável qualquer projeto social. Também a especulação metafísica deveria ser ultrapassada pelo espírito positivo e toda a linguagem do saber deveria ser reduzida a enunciados de fatos. O papel das ciências seria observar e descrever os fenômenos da natureza, no intuito de se chegar aos instrumentos capazes de prever os acontecimentos e prover as necessidades. A filosofia, por sua vez, teria como tarefa apreender o espírito da positividade científica e transformá-lo em método geral (GUIMARÃES, 1997, p. 99).

O *positivismo jurídico*, por sua vez, representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo, recusando-se a derivar o Direito de outras fontes que não as sociais, ao mesmo tempo em que se nega a fazer depender a existência do Direito a juízos morais particulares. Assim como o *positivismo filosófico* revela uma era pós-metafisica, o *positivismo jurídico* também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito ou sentido últimos (BARZOTTO, 2006, p. 642-643).

Mas o *positivismo jurídico* não assumiu uma configuração única em todos os ordenamentos jurídicos a partir do século XIX. Ao reverso, o *juspositivismo,* como o conhecemos, caracterizado pela supremacia da norma escrita e pelo formalismo, floresceu especialmente na França, com a *Escola Exegética.* Na Inglaterra, com a *Escola Analítica de Jurisprudência,* e com o *Realismo* nos Estados Unidos, o *positivismo jurídico* assumiu feição inteiramente distinta.

Para Bobbio (1995, p. 223), o *positivismo jurídico* (em sentido estrito) e o *realismo jurídico* têm como elemento comum se tratarem de definições anti-ideológicas e que não fazem referência a valores ou fins. É também característica comum o *formalismo*, assim entendido como a definição do direito exclusivamente em função de sua estrutura formal,

prescindido de seu conteúdo. O *formalismo* que caracteriza o positivismo, portanto, não se confunde com o apego a fórmulas rígidas derivadas da norma legislada.

O *formalismo*, na acepção de rigor das formas e apego à lei escrita, que marca o *juspositivismo* como o conhecemos no Brasil, decorre da atribuição de supremacia à lei escrita, originária do parlamento, cuja expressão mais conhecida é o Código Civil francês de 1804, editado no período napleônico, mas cuja conformação foi estabelecida pela própria Constituição Revolucionária de 1791.

Embora inspirada pelo jusnaturalismo, a Revolução Francesa inaugurou uma ordem jurídica que não se compadecia com uma concepção em que o legislador poderia constantemente ter a sua atividade regulatória confrontada com parâmetros normativos imprecisos, derivados do direito natural. A implantação dos ideais revolucionários foi assim procedida mediante a afirmação da supremacia da norma legislada, fundada na legitimidade política do parlamento e na ética da lei, expressão da vontade geral obtida da razão. Exigia-se um juiz neutro e desprovido de poder, de sorte que os conflitos de interesses deveriam ser considerados apenas na produção da lei, não na sua aplicação. Nasceu daí a escola da exegese e a subsunção mecânica, em que a interpretação utilizava métodos gramatical e histórico, visando a buscar a vontade do legislador (RAMOS, 2010, p. 67-72).

A lei, como expressão legítima do sentimento geral, não poderia ser interpretada pelos juízes, porque desse poder não estavam investidos, cabendo-lhes somente a sua aplicação, mediante a subsunção dos fatos à regra jurídica, com a finalidade de extrair as consequências aplicáveis já previstas pelo sistema. Consagrado na regra de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão aquilo que a lei determina, o princípio da legalidade passou a vincular a atividade jurisdicional, como exigência da segurança jurídica, da liberdade e da isonomia. Nesta concepção liberal, o Estado garantia a liberdade do cidadão, com a condição necessária da *divisão de funções* entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que se autolimitavam a fim de evitar excessos e prevenir o arbítrio. Deveria a lei ser aplicada, ainda que injusta ou que já se revelasse dissociada dos valores que justificaram sua edição, porque interpretá-la para adaptá-la à realidade do caso concreto implicava transformar o juiz em legislador positivo e subverter o rígido sistema de divisão e de autolimitação de funções (OLIVEIRA, 2008, p. 122).

Essa concepção de direito é um dos fundamentos do *positivismo jurídico*, que parte da ideia de que o direito se resume à lei, para limitar a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador (MARINONI, 2011, p. 31).

Para a concepção jurídica fundada na lógica das ciências explicativas, a função do julgador é descobrir a verdade. Suprime-se de seu âmbito de atuação qualquer autonomia crítica capaz de permitir-lhe, a partir de um mesmo texto legal, a construção de mais de uma solução, mediante critérios valorativos diferentes. Esta possibilidade implicaria tornar insegura a lei do Estado, além de admitir que "[...] *a justiça legal* fosse confrontada com a justiça do caso concreto, ou com a justiça do magistrado que, como Hobbes dissera, é intrinsecamente injusta", porque a justiça, na concepção hobbesiana, não é produto da razão humana, mas da vontade do soberano (SILVA, 2007, p. 99-100).

No que se refere à Europa Continental, e mais precisamente na França, a observância rigorosa do princípio da legalidade foi o modo de superar o absolutismo do regime deposto, mas também o arbítrio dos juízes, historicamente comprometidos com o poder feudal e igualmente destinatários da repulsa popular (MARINONI, 2011, p. 26-27). Assim, na verdade, o princípio da *supremacia da lei* implicava o princípio da *supremacia do Parlamento*, que passou a monopolizar a atividade legislativa, de sorte que a sistema de organização política, concebido de acordo com a teoria da separação dos Poderes, refletia o predomínio do Poder Legislativo (RAMOS, 2010, p. 67). Em um certo sentido, pode-se assim dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar (MARINONI, 2011, p. 28).

Inteiramente distinta foi a conformação do positivismo na Inglaterra, que ali não floresceu sob o medo da monarquia absolutista, superada havia quase dois séculos, desde a execução de Carlos I em 1653, com a subsequente experiência da ditadura parlamentar de Oliver Cromwel. Conforme Santi Romano (1977, p. 43-45), a formação do constitucionalismo inglês foi resultado do mútuo consentimento dos monarcas, que anuíram na limitação ou cessão de seus poderes, e das classes populares e aristocráticas, que souberam evitar o demasiado enfraquecimento dos governantes. As instituições inglesas se aperfeiçoaram assim durante séculos, razão pela qual suas características são o historicismo e a estabilidade, em contraposição ao racionalismo francês e ao pendor revolucionário de alguns outros Estados.

Inconfundível, portanto, o *rule of law* inglês com o princípio da legalidade. O parlamento inglês eliminou o absolutismo, em qualquer de suas formas, enquanto a assembleia parlamentar francesa manteve o absolutismo parlamentar substituindo o monarca pelo princípio da legalidade. Em consequência, no direito inglês, a norma legislada pode ser conjugada com outros valores, ensejando o sistema jurídico complexo conhecido como *common law*, enquanto nos países aferrados ao princípio da legalidade, "o direito foi reduzido

à lei" (MARINONI, 2011, p. 26-27). Conforme observa Ovídio Araujo Baptista da Silva (2007, p. 89), enquanto o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça* levou à *era das codificações* na Europa continental, a Inglaterra buscou idêntica "[...] segurança para o direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação".

O direito norte-americano, herdeiro de uma tradição democrática, embora inquestionavelmente de feição liberal, igualmente não adotou o formalismo e a supremacia da norma legislada como meio de afirmação da soberania popular e da limitação dos poderes do juiz. Conforme Elival Ramos (2010, p. 73-77), o direto americano experimentou o *positivismo jurídico* sob a modalidade do *realismo*, fundado na força das decisões judiciais, porque o juiz estava mais próximo dos fatos e deveria atuar desvinculado da moldura legislativa, tendo por referência a utilidade social da norma por ele emitida. Assim, ao contrário do *positivismo* da Europa continental, tributário do apego à norma legislada, o *realismo* americano implicou verdadeiro ceticismo sobre a existência da norma abstrata.

Constata-se, pois, que o rigor formal, a primazia da norma escrita e o amesquinhamento da figura do juiz não são características indissociáveis do *positivismo* ou da ideologia liberal. O direito norte-americano adotou uma modalidade de *positivismo jurídico* durante certa quadra e é inquestionavelmente liberal. Entretanto, jamais se fundou no rigor da norma legislada ou impôs aos seus juízes a estreita vinculação a formas que lhes limitassem a possibilidade de atuação e de construção da regra adequada ao caso concreto.

O Brasil, que igualmente não experimentou o jugo das monarquias totalitárias - ao menos assim se consolidou o sentimento nacional -, adotou modelo político em que o poder é atribuído preponderantemente ao Presidente da República, de maneira similar ao sistema norte-americano, quadro que ainda permanece. Trata-se da afirmação de que entre nós a supremacia da lei não tem por finalidade essencial a limitação do poder da figura do governante.

Paradoxamente, outra foi a solução no que se refere à figura do juiz, porque foi aqui adotado o sistema das fórmulas rígidas do modelo francês, com influência direta e explícita do Código Napoleônico. De consequência, diversamente do que ocorreu no direito norte-americano, foi negada ao juiz brasileiro qualquer margem de liberdade na valoração das normas aplicáveis ao caso concreto, cabendo-lhe a função restrita e amesquinhada preconizada por Montesquieu na obra *Do Espírito das Leis*, mas cujos rudimentos, conforme anota Ovidio Batista da Silva (2011, p. 92-97), já se vislumbravam em Hobbes.

Embora confiemos o destino da nação preponderantemente à figura unitária do Presidente da República, não atribuímos igual confiança ao juiz que decide nossas demandas judiciais.

Foge evidentemente às finalidades desse trabalho a indagação acerca das razões que determinaram a escolha desse modelo. Cabe apenas, por ora, lembrar que, no direito norte-americano, o problema da legitimidade democrática do protagonismo judicial é relativizado mediante o mecanismo da eleição de seus juízes e membros do Ministério Público, solução não adotada no Estado brasileiro.

Dos sistemas processuais contemporâneos

Os ordenamentos jurídicos construídos a partir da segunda metade do século XIX adotaram sistemas processuais informados pelos valores do Estado Liberal, que reputa necessário o distanciamento do Estado das relações privadas. Consentaneamente com esses valores, o órgão jurisdicional deveria outorgar provimentos que confiram idêntica *resposta* para todas as espécies de pretensões deduzidas, enquanto os meios de tutela passíveis de utilização pelo juiz já deveriam estar previamente estabelecidos de maneira taxativa. A vinculação do juiz à lei, segundo os postulados liberais clássicos, geraria *segurança jurídica,* porque todos saberiam antecipadamente as possibilidades da sua aplicação. Era, por conseguinte, vedada qualquer tentativa do magistrado de particularizar e diferenciar o julgamento, afastando-se dos modelos previamentes estabelecidos e que tinham a pretensão de alcançar todas as situações litigiosas. O modelo pretendia assim que a tutela jurisdicional "[...] pudesse se traduzir em resultados segundo formas unitárias, neutras, indiferentes aos interesses que constituíssem o substrato dos singulares direitos substanciais carentes de tutela" (OLIVEIRA, 2008, p. 114-116). O ideal da supremacia do legislativo era assim o de que a lei e os códigos deveriam ser claros e completos, de maneira a gerar uma única interpretação possível, "inquestionavelmente correta". Para a aspiração do desenvolvimento da sociedade sob a égide da liberdade, era desejável a *certeza do direito,* fundada em uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, eliminando a necessidade da edição de novas leis (MARINONI, 2011, p. 30-31).

Mas essa forma de concepção do direito processual criou uma separação perigosa entre direito substancial e o processo, com consequências ainda não definitivamente avaliadas ou superadas. Como consequência, o amparo à pretensão formulada pelo autor poderia cumprir-se formalmente, mas não substancialmente. Assim, por exemplo, a segurança

buscada pelo Estado Liberal não se coadunava com os procedimentos jurisdicionais sumários. Em matéria probatória, atribuía-se ao juiz um papel passivo, "mero coordenador de um jogo de habilidades entre as partes", que deveria limitar-se a aguardar, "baseado em rígidas regras de distribuição do ônus da prova, os elementos de convicção que elas lhe trariam, coroando também no plano do processo o dogma do não-intervencionismo e do livre jogo das forças do mercado *(laisser faire)"* (OLIVEIRA, 2008, p. 122-126).

Esse modelo de processo concebido na segunda metade do século XIX, com pretensão de neutralidade e universalidade típicas do *positivismo jurídico* e do *liberalismo*, encontrou sua reformulação premido pelas exigências da nova conformação da sociedade e do Estado contemporâneos.

O desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, com a consequente modificação das relações vitais, ocasionou um crescimento das tarefas do Estado contemporâneo e a sua democratização, impondo-lhe atuação crescente em áreas como seguridade e assistência social. Esta atuação crescente levou ao aumento de lutas entre grupos econômicos e à modificação nas formas dos enfrentamentos políticos. A confrontação política deixou de se restringir a grupos determinados e espraiou-se pela sociedade. O estado democrático moderno tem assim por característica esta multiplicidade de conflitos que se incorporam ao processo de formação da unidade política (HESSE, 1992, p. 10-11).

Amoldando-se a esse modelo de Estado contemporâneo, a maioria das modernas constituições é caracterizada pela abertura e pela plasticidade, sem pretensão de regular todas as situações da vida em sociedade. Esta omissão regulativa pode ser deliberada, porque a matéria não é suscetível de detalhada regulação ou porque não é conveniente, na medida em que a vida que se pretende regular é também incompleta e inacabada. A Constituição deve, portanto, permanecer *aberta ao tempo*. A abertura e a amplitude da Constituição são necessárias para permitir as mudanças históricas (HESSE, 1992, p. 17-20).

Tal como a Constituição, as normas jurídicas devem amoldar-se à nova configuração da sociedade contemporânea, cujo grau de complexidade exige um ordenamento jurídico que não se limite a um sentido retrospectivo, mediante a estipulação de uma conduta mediante um padrão prévio, acompanhada de uma possibilidade de sanção. A nova regulação deve assumir caráter finalístico e prospectivo, destinado a atender a imprevisibilidade das situações, tarefa que não se resolve mediante mera subsunção (GUERRA FILHO, 2002, p. 15-16).

Na realidade, a lei genérica e universal somente se poderia afigurar possível em uma sociedade absolutamente igualitária ou, tal como preconizava o Estado Liberal, em uma sociedade na qual as desigualdades sociais fossem desconsideradas em privilégio da

liberdade. Mas os Estados democráticos contemporâneos não são mais constituídos por parlamentos compostos por grupos harmônicos e majoritariamente favoráveis à manutenção das posições de vantagem dos grupos dominantes. Os grupos de pressão que se espraiam pela sociedade são suficientes para interferir na elaboração de leis destinadas a regular as suas próprias áreas de interesse e também as de interesse geral. Neste quadro, constatada a evidência de que a igualdade social constitui requisito para a própria liberdade, alcançada por meio do desenvolvimento da sociedade, o Estado viu-se premido a reger-se por meio de leis que contemplem a diversidade social, o que elimina a possibilidade de leis genéricas, universais e imutáveis (MARINONI, 2011, p. 42-43).

Esse Estado contemporâneo fundamenta-se na prevalência do interesse público sobre o particular e na relativização de alguns direitos antes reputados absolutos, como o de propriedade, naquelas situações em que esses direitos se mostram nocivos à coletividade ou à ordem jurídica. "Trata-se de uma evolução da noção de soberania e de poder, impedindo o arbítrio, mas afastando as sérias consequências experimentadas pela sociedade, quando deu primazia à liberdade ilimitada dos indivíduos, sob uma angulação marcadamente patrimonial e econômica" (OLIVEIRA, 2008, p. 136).

A legalidade que emerge dessa nova concepção de direito assume configuração inteiramente diversa, com conteúdo substancial, em consonância com a Constituição e com os direitos fundamentais. Redefine, via de consequência, também a ideia de jurisdição, porque se passa a exigir do Judiciário que a compreensão e a atuação da lei sejam procedidas a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (MARINONI, 2011, p. 46). A efetividade da prestação jurisdicional, com a finalidade de proporcionar ao cidadão uma resposta adequada do Estado aos seus anseios não atendíveis pelos Poderes Executivo e Legislativo, passa a ocupar o centro das preocupações.

O direito brasileiro experimentou tardiamente essa revolução. Enquanto a nova concepção de ordem jurídica se difundia pela Europa e por nações de outros continentes desde as primeiras décadas do século XX, a substancial e abrupta mudança no modo de conceber o direito e o papel da jurisdição ocorreu no Brasil somente a partir da Constituição de 1988.

Reformas processuais e tendências de um novo modelo

Consentaneamente com a exigência de efetividade da jurisdição, o ordenamento constitucional inaugurado em 1988 encontrou ressonância nas reformas processuais efetuadas a partir de 1994, cujo instituto mais significativo é a tutela antecipada. Seguiram-se notáveis

modificações no estatuto processual, algumas delas que implicam rupturas ou temperamentos a alguns dogmas há muito consolidados. Com a finalidade de possibilitar a tutela executiva célere, justa e adequada, as reformas no Processo Civil abandonaram algumas fórmulas que se afiguravam compreensíveis no passado, mas que não se amoldam às exigências do devido processo legal contemporâneo, "[...] na sua concepção de processo justo e efetivo" (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 2).

Assim, os provimentos antecipatórios de tutela, baseados em cognição sumária e introduzidos como normas gerais pelos artigos 273, 461, § 3°, 461-A, § 3°, do CPC e art. 84, § 3°, do CDC, bem como o processo sincrético relativamente às obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa (art. 461, 461-A, e art. 84, CDC), dispensando o processo de execução para implementação do direito reconhecido em sentença, quebraram, respectivamente, o dogma da *nulla executivo sine titulo* e da autonomia da execução (OLIVEIRA, 2008, p. 134).

Igualmente significativa foi a atribuição de plena vigência ao artigo 262 do CPC, que estabelece que o processo instaura-se por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial. Cabe agora ao próprio juiz, exceto no que se refere às condenações por quantia, dar início à execução, independentemente de pedido do credor (CÂMARA, 2006, p. 162).

A Lei nº 10.440/2002 inovou ainda ao facultar ao juiz determinar as medidas que reputar necessárias e adequadas, independentemente do pedido do autor, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente relativamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Assim, pode determinar a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (CPC, arts. 461 e 461-A do CPC).

As novas disposições dos arts. 461 e 461-A implicam a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos, porque deixou a lei de definir o meio executivo a ser utilizado, permitindo que o autor postule o que reputar oportuno. Caracterizada ainda a mitigação à regra geral da adstrição da sentença ao pedido, porque o juiz não está mais vinculado ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que se afigurar mais adequado ao caso concreto (MARINONI, 2008, p. 174).

Louvável ainda a nova regulamentação das tutelas de urgência, nas suas modalidades cautelar e antecipatória, agora expressamente passíveis de fungibilidade (art. 273, § 7º). Acrescente-se ainda a notável construção do instituto da tutela inibitória no Direito Brasileiro, "que resultou na demonstração incontestável da existência de uma modalidade genérica de

tutela preventiva, destinada a evitar a ocorrência do dano, e que se opõe à tutela reparatória" (BEDAQUE, 2010, p. 86-87).

Algumas dessas modificações no sistema processual contaram com o pioneirismo do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que já contemplava os institutos da tutela antecipada aplicável aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a fungibilidade dos meios executivos e a possibilidade de imposição de multa e outras medidas coercitivas. A ampliação dos poderes do juiz podia ser já verifificada ainda em outros institutos, como a inversão do ônus da prova e a dispensa do requisito da pré-constituição das associações autoras das ações coletivas.

Estas alterações legislativas modificaram sensivelmente o perfil do nosso direito, o que não significa que se trata de um movimento que se exauriu. Não há perfil de processo e de institutos processuais que não possa ser moldado por meio da técnica processual. Indispensável, todavia, que as técnicas processuais sejam legalmente previstas e interpretadas tendo por referência um modelo de processo adequado à consecução das finalidades informadas pela Constituição Federal e pelos direitos fundamentais dela decorrentes.

Possibilidades de novas modificações pela via da técnica processual

O Estatuto processual vigente contém ainda algumas formas desprovidas de qualquer finalidade, de sorte que algumas modificações processuais, na norma ou na sua interpretação, poderiam ser procedidas sem qualquer prejuízo à segurança jurídica ou a qualquer dos princípios que informam o processo ou a jurisdição. Algumas outras formas, todavia, embora passiveis de supressão ou abrandamento, demandam melhor reflexão, porque podem implicar algum prejuízo à segurança jurídica, ou demandam a atribuição de poder adicional ao juiz.

Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 7-31), o formalismo destina-se à consecução das finalidades primordiais do processo, possibilitando que se alcancem os seus valores mais significativos, ou seja, de um lado a realização de justiça material e a paz social, e de outro a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo. O formalismo processual atua inclusive como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Assim, a realização do procedimento não pode ser deixada ao inteiro arbítrio do Juiz, o que poderia acarretar a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes e ameaçar a realização do direito material. Além do mais, o formalismo processual controla os eventuais excessos das partes e tem a finalidade de impor uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes. Portanto, o formalismo seria

“elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo” e importante elemento para a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, orientada, entre outros, pelos princípios do devido processo legal, da proibição de juízos de exceção e do juiz natural, da igualdade e do contraditório e ampla defesa. Lembra o autor, entretanto, que ao lado da segurança, é também objetivo do processo a realização da justiça material do caso, “por meio de um processo equânime e efetivo”. Assim, o formalismo excessivo pode frustrar os escopos da jurisdição e do processo. Conclui que “[...] o informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes”.

Para José Roberto Bedaque (2010, p. 425), há formas completamente inúteis, porque destituídas de finalidade, como exigir reconvenção em determinados casos e admitir pedidos contrapostos em outros, ou exigir que a incompetência relativa seja arguida em exceção, ao passo que a absoluta pode ser deduzida na contestação. Conclui o autor que estas previsões caracterizam formalismo inócuo característico de fases superadas do direito processual.

Assim, enquanto vigentes estes dispositivos formais inócuos, seriam admissíveis “violações toleráveis” e até “violações necessárias” de formas destituídas de finalidades. Lembra o autor que, embora as formas sejam garantia para as partes, o apego exagerado a elas também constitui óbices aos fins do processo. Postula assim um sistema de parcial liberdade de formas, desde que bem compreendido e aplicado, possibilitando ao juiz adequar as formas às necessidades e especificidades do caso concreto (BEDAQUE, 2010, p. 435-438).

As maiores possibilidades da adequação do processo com vistas à celeridade e à efetividade da prestação jurisdicional parecem assim residir na flexibilização das formas, tal como procedido nas recentes reformas do estatuto processual, o que pode implicar algum prejuízo à segurança jurídica e demandar a atribuição de poder adicional ao juiz. Noutro aspecto, a opção política acerca da conformação conferida ao processo pela via da técnica processsual tem sempre subjacentes os limites dos princípios da jurisdição, especialmente do princípio dispositivo.

Princípio dispositivo como limite à publicização do processo

Embora aparentemente não exista conformação processual que não possa ser obtida pela via da técnica processual, o princípio dispositivo constitui limite estabelecido pela concepção política que se pretende atribuir ao processo.

A função jurisdicional constitui um dever-poder e por meio do processo atendem-se os interesses privados, mas também os do próprio Estado. Desse entrelaçamento de interesses resulta a disponibilidade de muitas das normas de direito processual. Daí concluir-se que o direito processual tem natureza pública, mas é em parte *direito público dispositivo* (SILVA, 2011, p. 39).

A inércia, característica essencial da jurisdição, é consagrada no princípio da demanda, que veda ao juiz exercer a função jurisdicional sem que lhe seja submetida à apreciação uma pretensão afirmada pelo autor (CÂMARA, 2008, p. 70). Também diretamente referível à inércia da jurisdição e ao princípio da demanda, mas que com este não se confunde (SILVA, 2003, p. 61- 63), o princípio dispositivo preconiza que o juiz depende da iniciativa das partes no que se refere à produção das provas e às alegações em se fundamentará sua decisão (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 70).

O *princípio dispositivo* (ou *dispositivo em sentido processual*), cujos fundamentos decorrem de uma perspectiva liberal, pode ser abrandado substancialmente, de acordo com uma opção política consentânea com as exigências do direito processual contemporâneo, informado pelos princípios da efetividade e da instrumentalidade. Seus limites não são impostos por qualquer impossibilidade técnica, mas em uma opção política relativa ao modelo de processo que se deseja e nas garantias fundamentais do processo, como a imparcialidade do órgão judicial, a isonomia e o efetivo contraditório.

Fundamenta-se o *princípio dispositivo* na exigência da preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico da jurisdição, porque a prerrogativa de plena iniciativa probatória poderia comprometer a sua condição de absoluta isenção e imparcialidade. Abandonando o magistrado a condição de terceiro alheio ao conflito, pressuposto da função jurisdicional, o seu envolvimento na busca e determinação dos fatos da causa poderia levar ao risco de comprometer as suas necessárias imparcialidade e isenção. Deve assim o juiz julgar a causa de acordo com os *fatos alegados e provados pelas partes*, vedada a indagação acerca de fatos não alegados e cuja prova não foi requerida pelas partes. Vincula-se o juiz duplamente aos fatos alegados, porque é ele impedido de decidir a causa com base em fatos não alegados, ao mesmo tempo em que é obrigado a considerar as situações de fato afirmadas pelas partes (SILVA, 2011, p. 43-44).

Conforme anota Araken de Assis (2009, p. 464), a exigência de integral inércia do orgão do judiciário e da total disposição das partes no tocante à matéria e à forma do processo reflete o espírito individualista do século passado e não se coaduna com as realidades social, econômica e política dos tempos atuais. Embora mantida a regra da iniciativa das partes, a

finalidade social do processo exigiu que a lei conferisse ao juiz renovados poderes no que tange ao desenvolvimento do processo. Assim, no direito processual civil brasileiro prevalece o *princípio dispositivo*, como regra fundamental ou princípio diretivo, mas sujeito a abrandamentos e limitações em muitos dispositivos, que outorgam ao juiz considerável faculdade de iniciativa probatória (SILVA, 2011, p. 43).

A opção de relativizar ainda mais o princípio dispositivo, em consonância com a publicização e com a exigência de efetividade do processo, orienta-se assim pela conveniência político-jurídica de atribuir-se ao juiz maior liberdade na condução dos atos processuais.

Flexibilização das formas e realinhamento dos poderes do juiz nos limites da sua legitimidade democrática

Como antes se referiu, as recentes alterações no estatuto processual brasileiro consistiram, em grande medida, na flexibilização das formas do procedimento e na atribuição de uma maior liberdade de atuação do magistrado, de modo a permitir a construção da regra adequada ao caso concreto.

As novas situações de direito material levaram à "[...] aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos", porque essas demandas se transformam com o tempo e apresentam especificidades nos casos concretos. Concluiu-se pela necessidade de atribuir aos litigantes e ao juiz uma maior amplitude de poderes, permitindo-lhes identificar, "ainda que dentro da sua moldura", os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos materiais, o que se alcançou mediante a previsão de normas processuais abertas e a criação de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados (MARINONI, 2011, p. 123-124). Essa tendência pode ser notada pela utilização nas normas processuais de termos semânticos de conteúdo vago, como "fundado receio", "dano irreparável", "abuso do direito de defesa", "medidas necessárias" e "relevante fundamento", que permitem ao juiz maior liberdade para apreciar as circunstâncias do caso concreto e decidir pela melhor solução, devidamente fundamentada, como exige o art. 93, IX, da Constituição (OLIVEIRA, 2008, p. 19).

Trata-se de passos que foram dados na ordem jurídica brasileira a partir da incorporação dos princípios com ampla normatividade na Constituição de 1988 e da abertura de fórmulas legais contempladas especialmente no Código Civil, no Código de Defesa do

Consumidor e em alguns dispositivos do Código de Processo Civil. Via de consequência, critérios como a proporcionalidade e a ponderação passaram a integrar a prática interpretativa.

O desenvolvimento desses critérios para resolver tensões entre princípios colidentes demandou uma busca de legitimidade para as decisões judiciais fundadas nesses novos paradigmas hermenêuticos, revestidos de elevado grau de subjetividade. Dessa necessidade decorreu o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica, incorporando ao Direito considerações de natureza moral ou empíricas subjacentes às normas, elementos desprezados pelo positivismo clássico. Chegou-se a uma valorização da razão prática no âmbito jurídico e a ideia de racionalidade jurídica afastou-se da lógica formal das ciências exatas para aproximar-se da ideia do razoável (SARMENTO, 2009, p. 118-119).

Pela via da força normativa dos princípios, reaproximam-se assim o Direito e a Moral e floresceu a concepção que tangencia o jusnaturalismo e o positivismo, sem com eles se confundir, denominada genericamente de pós-positivismo.

O denominado pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita preconizada pelo positivismo, mas se ampara no direito positivado, ao mesmo tempo em que procura um fundamento moral do direito, sem recorrer a categorias metafísicas de perfil jusnaturalista. Abriga sob seu paradigma um conjunto de preceitos que inclui atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais amparada na dignidade humana (BARROSO, 2007, p. 4-5).

Esse novo quadro processual insere-se na concepção de ordenamento inaugurada a partir da Constituição de 1988 e que se amolda ao movimento que se vem convencionando denominar *neoconstitucionalismo,* caracterizado pela atribuição de protagonismo judical em defesa dos valores constitucionais, pela centralidade e ubiquidade da Constituição no ordenamento jurídico e pelo reconhecimento da força normativa de princípios (SARMENTO, 2009, p. 119-121).

Trata-se de um movimento que inquestionavelmente permite resultados positivos com vistas à efetividade da tutela jurisdicional, como ilustram algumas das recentes alterações, mas implica riscos à segurança jurídica, ao mesmo tempo em que avança rumo aos limites da legitimidade da atuação judicial.

A primazia do Poder Judiciário presente no neoconstitucionalismo, em que o juiz é concebido como “[...] guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais”, sofre contestações pelo seu alegado caráter antidemocrático, porque os magistrados, ao contrário dos membros dos demais poderes, não são eleitos pelo voto popular. Esse déficit democrático

se assenta na ideia de que as decisões políticas fundamentais devem emanar do próprio povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (SARMENTO, 2009, p.122 e 133). Assim, no Estado constitucional, fundado no respeito aos direitos fundamentais, a atuação jurisdicional pode assumir natureza contramajoritária (MARINONI, 2011, p. 418).

Citando Robert Alexy, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 90) lembra que os direitos fundamentais podem ser democráticos e antidemocráticos: são democráticos porque asseguram os direitos de liberdade e de igualdade e porque garantem as condições para o funcionamento do processo democrático por meio através da tutela de algumas liberdades, com a de expressão; ao mesmo tempo, são antidemocráticos, porque "[...] têm a função de verificar a adequação do processo democrático ou de negar as decisões da maioria parlamentar legitimada pelo povo". Por essa via, é possível que um grupo político derrotado em eleições ou em votações parlamentares faça prevalecer suas ideias pela via judicial.

Entretanto, como lembra Daniel Sarmento (2009, p.122 e 133), a jurisdição constitucional está prevista na própria Constituição, razão pela qual o debate relevante não se cinge à sua possibilidade, mas à forma do seu exercício. Pode-se assim preconizar diferentes graus de ativismo judicial ou áreas em que pode permiti-lo ou recusá-lo, conforme filie-se o intérprete a distintas concepções de Filosofia Política. Admite-se, ademais, que a democracia não se esgota na vontade da maioria, pressupondo igualmente o respeito à garantia de direitos básicos, a participação igualitária do cidadão na esfera pública e alguma forma de proteção às minorias. A questão, portanto, seria de dosagem. A permissão aos juízes para a imposição de limites às decisões das maiorias somente poderia ser reputada antidemocrática se caracterizasse demasiado cerceamento da possibilidade de autogoverno atribuída ao povo. No mesmo sentido, para Ávila (p. 196), em vez da insindicabilidade dessas decisões, é preciso verificar em que medida essas competências são exercidas, o que demanda encontrar critérios que "aumentem e que restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário".

Ovídio Araujo Baptista da Silva (2007, p. 188) igualmente relativiza, por outros fundamentos, os riscos à segurança jurídica e ao respeito à vontade da maioria decorrente da liberação do juiz da observânica rígida da norma geral e abstrata. Afirma que a utopia da neutralidade da lei, fundada em uma lei natural imutável, "[...] foi fragorosamente derrotada pela sociedade democrática e pluralista do século XX, concebida para permitir a convivência dos contrários, a co-participação harmônica e pacífica de toda sorte de antagonismos políticos e crenças religiosas e morais". Mas o equívoco dessa utópica neutralidade não se revelaria na transformação radical da sociedade, mas na simultânea transformação do próprio conceito de lei. A norma abstrata e geral, expressão da vontade geral, que se amoldava à "pressuposição

idealista do Estado rigorosamente neutro, desinteressado e ausente, relativamente aos grandes problemas econômicos", já não se sustentaria na atual realidade político-jurídica. Seria assim já insustentável a imputação da lei à vontade geral. As leis não seriam mais do que prescrições de particulares forças políticas legislativamente dominantes, porque "[...] a promessa de uma democracia política, verdadeiramente representativa, sob o ponto de vista político, foi, como tantas outras promessas feitas pela filosofia liberal, inteiramente traída na experiência contemporânea".

Trata-se, por conseguinte, da necessidade de consolidar-se a construção ou o aprimoramento de paradigmas adequados à nova hermenêutica constitucional, bem como de melhor compreender os limites da atuação contramajoritária do Poder Judiciário.

Ressalva-se, entretanto, que o protagonismo judicial se justifica no Brasil somente em certas searas, como a proteção dos direitos fundamentais e das minorias e as garantias da democracia. Conforme Sarmento (2009, p. 137-138), em outras áreas recomenda-se uma "postura de autocontenção judicial", em respeito às deliberações da maioria e também porque carece o Judiciário de conhecimentos técnicos adequados para tomar decisões sobre matérias estranhas ao direito. Nestes casos, a vontade constitucional poderia ser mais adequadamente implementada mediante o protagonismo de outros órgãos do Estado.

Cumpre anotar que a ressalva final do autor relativamente à ausência de *expertise* do órgão do Judiciário parece não se afigurar um problema relativamente à matéria processual, em que nada existiria que pudesse escapar do âmbito de compreensão do magistrado.

Diversamente do que ocorre em outras áreas do direito, a contestada possibilidade de atribuir-se protagonismo ao juiz em matéria processual reside assim na previsibilidade das regras do procedimento, um dos aspectos do princípio do contraditório por vezes esquecido. A permissão para que as partes influenciem no convencimento do juiz exige que as partes, desde o início do processo, tenham conhecimento acerca das suas possibilidades e limites de atuação. Conforme refere Marinoni (2010, p. 219), o aumento do poder do juiz para adequar o procedimento aos casos concretos retira das partes a prévia ciência dos limites das suas possibilidades de atuação.

É possível, entretanto, que a própria legislação processual estabeleça a previsão da relativização e da fungibilidade das formas, de modo a que as partes previamente conheçam razoavelmente a variabilidade que as formas processuais poderão assumir.

A fungibilidade das formas processuais deve assim ter por requisito a previsão legal, determinando razoavelmente o âmbito de liberdade de ação, tal como acontece, por exemplo,

com os meios executivos previstos nos artigos 461 e 461-A do CPC, ou a possibilidade da inversão do ônus da prova em matéria consumerista.

A adaptação do processo às exigências do direito material pode ser assim procedida no plano legislativo, mediante a previsão de procedimentos e formas com alguma flexibilidade e adequados às das hipóteses abstratamente consideradas. Pode o próprio legislador atribuir ao juiz o poder de influir na condução do processo, adaptando-o à concreta situação de direito material. Trata-se de aplicação do *princípio da adequação formal*, que possibilita ao juiz determinar soluções processuais úteis aos objetivos do processo, ainda que não expressamente previstas na lei, e que igualmente se caracterizam como manifestação de um processo justo (BEDAQUE, 2010, p. 62-63). Esse poder atribuído ao juiz tem o correlato dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, o que já não se revela possível exclusivamente pela tipicidade das formas (MARINONI, 2011, p. 123-124). Potencializada assim a necessidade da *racionalidade* e da *justificação* da decisão judicial. Ausente a referibilidade direta da decisão a evidentes enunciados normativos, a racionalidade da decisão liga-se "à capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico", ou seja, que a decisão encontra legitimação em decisões majoritárias refletidas no ordenamento jurídico, ainda que por "modalidades mais ou menos diretas" ou por "disposições implícitas, construídas a partir do sistema". A justificação, por sua vez, vincula-se à necessidade de expor as razões da tomada de uma decisão, transformando "os processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência". Essa justificação, no Estado Republicano, não é dispensada ao órgão jurisdicional em razão de sua investidura ser procedida por meio de concurso, independentemente da vontade popular (BARCELOS, 2005, p. 41-45).

É fundamental, todavia, a compreensão de que o modelo processual brasileiro atualmente em vigor é resultado de uma construção extremamente recente, contraposto a uma herança de mais de dois séculos de ideologia liberal e de apego ao rigoroso formalismo, características que indicam a opção por um processo que visava a satisfazer exclusivamente o interesse das partes e que expressava a desconfiança na figura do juiz. Compreensível, portanto, que essa nova conformação demande aprimoramento e, especialmente, a sua devida assimilação. É, sobretudo, necessária a compreensão de que não se trata de um modelo decorrente de uma opção ocasional do legislador, mas da exigência de uma conformação de processo adequada às exigências da ordem constitucional recentemente estabelecida.

Conclusões

A experiência relativamente recente das reformas do processo civil brasileiro revela-se bastante positiva, consideradas as finalidades de adequar as regras processuais às exigências do Estado contemporâneo e de conferir efetividade à prestação jurisdicional. Foi possível romper ou relativizar alguns dos dogmas do Estado liberal, sem comprometer-se substancialmente a certeza jurídica e a autonomia da vontade das partes processuais. Permitiu-se, por exemplo, distribuir mais equitativamente os ônus do processo entre o autor e o réu, ao mesmo tempo em que as técnicas processuais passaram a ser consideradas segundo o pressuposto de que sua finalidade é a tutela do direito material.

Embora esse resultado tenha sido alcançado, em grande medida, pela flexibilização das formas processuais e pela atribuição de maiores poderes ao juiz na condução do processo, não parece possível afirmar que tenha havido prejuízo considerável às garantias processuais fundamentais, como o contraditório e ampla defesa, ao mesmo tempo em que se avançou nessas garantias em sua dimensão substancial. Pode-se assim afirmar que o processo que emergiu dessas reformas é substancialmente mais isonômico, porque o protagonismo judicial é capaz de suprir desigualdades que subsistem à mera igualdade formal.

Ainda que esse protagonismo caracterize atuação contramajoritária, é essa precisamente uma das características da atuação jurisidicional, desde que se viu liberada das amarras da rígida vinculação à lei abstrata e geral. Trata-se de exigência da determinação constitucional de proteção aos direitos fundamentais. A proteção dos direitos das minorias exige uma atuação jurisdicional que, ocasionalmente e dentro de certos parâmetros, desborde dos limites da regra geral e abstrata para construir a norma mais adequada à situação concreta.

Lembre-se ainda que o modelo de ordenamento jurídico que liberta o juiz e o processo dos preceitos do positivismo e do Estado Liberal é extremamente recente, de sorte que há pouco mais de duas décadas criticava-se no Brasil o imobilismo judicial com a mesma ênfase com que hoje se critica o seu protagonismo.

Referências

ALVARO OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo***.** Revista de Processo, ano 31, nº 137, jul./2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução.* 12 ed. São Paulo: RT, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado,* Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo/RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2010

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* : v. 1. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

_____. *Lições de direito processual civil*: v. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo.* 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. v 2.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 1999.

GUERRA Filho, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes Guimarães. Pequenos Estudos de Filosofia Brasileira. Rio de Janeiro: Nau, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitutionales, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; *Teoria Geral do Processo,* 5 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *A técnica processual e tutela de direitos. 3* ed. São Paulo : RT, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 3*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008

OLIVEIRA, Robson Carlos. *Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente*. Disponível na internet em: http://www.sapientia.pucsp.br, Acesso em: 02 de junho de 2012

RAMOS, Elival da Silva. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Sarmento, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Ovídio Batista. *Processo Civil,* V. 1. 6 ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil,* V. II. 45 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.