

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**LEONARDO DE AMORIM CARNEIRO**

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PEDIDO LIMINAR NAS AÇÕES  
POSSESSÓRIAS**

**RECIFE  
2024**

**LEONARDO DE AMORIM CARNEIRO**

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PEDIDO LIMINAR NAS AÇÕES  
POSSESSÓRIAS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucio Grassi de Gouveia

Coorientador: Prof. Dr. José Mario Wanderley  
Gomes Neto

RECIFE  
2024

C289d Carneiro, Leonardo de Amorim.  
O devido processo legal no pedido liminar nas ações  
possessórias / Leonardo de Amorim Carneiro, 2024.  
146 f.

Orientador: Lucio Grassi de Gouveia.  
Coorientador: José Mario Wanderley Gomes Neto  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de  
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.  
Mestrado em Direito, 2024.

1. Ação possessória. 2. Devido processo legal. 3. Medidas  
liminares. 4. Prova (Direito). I Título.

CDU 347.251 (81)

Pollyanna Alves - CRB/4-1002

**LEONARDO DE AMORIM CARNEIRO**

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PEDIDO LIMINAR NAS AÇÕES  
POSSESSÓRIAS**

Dissertação submetida a Comissão Examinadora abaixo designada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, por intermédio do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania / Linha de Pesquisa: Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos).

Aprovada em, 05/03/2024.

**BANCA EXAMINADORA:**



---

Prof. Dr. Lucio Grassi de Gouveia  
(Presidente da Banca Examinadora)



---

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira  
Examinador Interno(UNICAP)



---

Prof. Dr. Antonio Carlos Ferreira de Souza Junior  
Examinador Externo

Ao Senhor Jesus, razão do meu viver.

À minha querida mãe, que esteve presente  
em todas as etapas da minha vida.

À minha família, professores e amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus por permitir a realizar este projeto que estava “engavetado”.

Aos meus familiares, em especial a minha mãe que sempre acreditou em mim.

Aos amigos que me incentivaram a me inscrever na seleção do mestrado e aos que contribuíram ao longo do curso.

Aos professor orientador Dr.Lucio Grassi pelo incentivo quanto a prosseguir na minha linha de pesquisa, ao Prof. Roberto Campos Gouveia por clarear minhas ideias e me ajudar a desenvolver o meu tema.

A Josicleide Tavares (Jô), por ter muito me auxiliado na formatação dos meus textos e da própria dissertação.

Aos professores que me lecionaram durante o Curso, em destaque Prof.Raymundo Juliano, Prof.Fábio Tulio Barroso, Prof.Gustavo Ferreira Santos,Prof.Sergio Torres Teixeira. Ao Prof.Alexandre Saldanha pelo estágio docência e ao Prof.Daniel Mitidiero pelos valiosos esclarecimentos.

Muito obrigado a todos!

## RESUMO

Como o magistrado pode estabelecer, *in casu*, o equilíbrio processual entre as partes no procedimento de pedido liminar nas ações possessórias de força nova, considerando a ausência de contraditório na fase de cognição sumaria? Com objetivo de responder essa questão, faz-se, inicialmente, uma imersão no devido processo legal e na adequação procedimental. Analisa-se o procedimento de postulação liminar possessório previsto do artigo 562 do *códex* pátrio, com o registro de que a reserva de produção de prova testemunhal apenas permitida ao autor, possibilita, em hipótese específica, uma posição de desvantagem para o réu. Com afã de se solucionar o referido desequilíbrio processual, o magistrado, pautado no devido processo legal, pode valer-se da cláusula de flexibilização do artigo 7º do mesmo diploma e realizar adequação atípica no procedimento de forma a zelar pelo contraditório. Quanto a metodologia, faz uma abordagem dogmática analítica e normativa através de revisão de literatura nacional e estrangeira. Finalmente, conclui-se que, na hipótese de, em sede de audiência de justificação de posse, houver prova testemunhal autoral unisonamente declarem os requisitos do artigo 561 favoráveis ao autor, o magistrado, através de decisão fundamentada em cláusula de flexibilização, artigo 7º do *códex* de 2015, tem o poder dever de, *in casu*, flexibilizar o procedimento para ouvir as testemunhas do demandado de forma a restaurar a isonomia.

**Palavras-chave:** Ações Possessórias. Tutela Provisória. Devido Processo Legal. Adequação Procedimental. Equilíbrio Processual.

## ABSTRACT

How can the magistrate establish, in casu, the procedural balance between the parties in the preliminary injunction procedure in new force possessory actions, considering the absence of contradiction in the summary cognition phase? In order to answer this question, we initially ask, an immersion in due legal process and procedural adequacy. The procedure for injunctive possessory postulation provided for in article 562 of the national code is analyzed, with the record that the reservation of production of testimonial evidence only permitted to the author, allows, in a specific hypothesis, a disadvantageous position for the defendant. To resolve the aforementioned procedural imbalance, the magistrate, guided by due legal process, can make use of the flexibility clause in article 7 of the same diploma and make atypical adjustments to the procedure in order to ensure the contradiction. As for methodology, it takes a dogmatic, analytical and normative approach through a review of national and foreign literature. Finally, it is concluded that, in the event that, in the context of a hearing to justify possession, there is authorial testimonial evidence that unanimously declares the requirements of article 561 favorable to the author, the magistrate, through a decision based on a flexibility clause, article 7 of the 2015 codex, it has the power and duty to, in casu, make the procedure for hearing the defendant's witnesses more flexible in order to restore equality.

**Keywords:** Possessory Actions. Provisional Guardianship. Due Process of Law. Procedural Adequacy. Procedural Balance.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE</b> .....	16
1.1 UMA BREVE ABORDAGEM DO PROCESSO CIVIL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	16
1.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	20
1.3 ORIGENS HISTÓRICAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	22
1.4 DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ....	25
1.5 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE COMO COROLÁRIO DO <i>PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW</i> .....	30
<b>2 DA TEORIA GERAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO COM O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO</b> .....	38
2.1 ENSAIO ACERCA DA TEORIA GERAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL: DA INVESTIGAÇÃO DO FENÔMENO FORMALISTA ÀS IDEIAS INICIAIS DA ADEQUAÇÃO FORMAL.....	38
2.2 CONTORNOS DA ADEQUAÇÃO FORMAL: NATUREZA JURÍDICA, DELIMITAÇÃO .....	42
2.3 DA TIPOLOGIA FLEXIBILIZATÓRIA E LIMITES DE APLICAÇÃO.....	44
2.4 MODELOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	48
2.4.1 Inglaterra .....	48
2.4.2 Estados Unidos .....	48
2.4.3 França.....	49
2.4.4 Portugal .....	50
2.5 A REALIDADE PROCESSUAL LUSITANA COMO BERÇO DA ADEQUAÇÃO FORMAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO .....	51
2.6 DA LEGALIDADE DAS FORMAS À FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: ABORDAGEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DE GALENO LACERDA, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA E FERNANDO GAJARDONI.....	55
2.7 UMA BREVE EXPOSIÇÃO DAS POSIÇÕES CONTRÁRIAS A ADEQUAÇÃO JUDICIAL PROCEDIMENTAL: UMA ANÁLISE COMBATIVA À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	62
<b>3 PROLEGOMENOS ACERCA DA TUTELA JUDICIAL DA POSSE E ANÁLISE ESTRUTURAL DA LIMINAR POSSESSÓRIA</b> .....	67

3.1 GENERALIDADES SOBRE A POSSE E FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.....	67
3.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA .....	73
3.3 DA FIOLOGIA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO .....	78
3.3.1 Noções introdutórias do meio de proteção: da autotutela e da demanda possessória .....	18
3.3.2 Breves considerações acerca da tipologia das ações possessórias.....	79
3.4 PERFIL DOGMÁTICO DA LIMINAR POSSESSÓRIA: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTO PROCESSUAIS.....	83
<b>4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS DE FORÇA NOVA EA ANÁLISE, IN CASU, DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO .....</b>	<b>88</b>
4.1 UMA ABORDAGEM ACERCA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS TUTELAS POSSESSÓRIAS.....	88
4.2 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA PARA A EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS: ANÁLISE PROCESSUAL SOB A PERSPECTIVA DOS “STANDARDS” PROBATÓRIOS.....	95
4.3 DA ANÁLISE ESTRUTURAL DO PROCEDIMENTO DE POSTULAÇÃO DA LIMINAR NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS DE FORÇA NOVA E SUA ADEQUAÇÃO FORMAL <i>IN CASU</i> AO LUME DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	99
4.3.1 Prolegômenos dos aspectos rituais estampados nos artigos 561 e 562 do <i>códex/15</i> .....	99
4.3.2 Da decisão que determina a realização de audiência de justificação e análise da possibilidade de arrolamento de testemunhas pelo réu.....	105
4.3.3 Análise da adequação formal do procedimento liminar das ações possessórias de força nova a partir de uma abordagem casuística da audiência de justificação .....	107
4.3.4 Da ausência de arrolamento de testemunhas pelo réu para a audiência de justificação e solução à luz da natureza jurídica da tutela pleiteada e da flexibilização procedimental .....	115
4.3.5 Do requisitos da decisão judicial que adequa, <i>in casu</i> , o procedimento liminar das ações possessórias de força nova e apontamentos doutrinário acerca da relevância da variação ritual .....	117
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

O direito processual contemporâneo convida ao diálogo da legislação processual com o texto constitucional. Dentro dessa perspectiva, observa-se que o amoldamento do texto legal com os ditames constitucional é que, de fato, resgata a segurança jurídica e estabilização dos desequilíbrios processuais.

Nessa urdidura, a rigidez procedimental, usualmente, alberga uma falsa idéia de previsibilidade e segurança jurídica, porém, muitas vezes, um procedimentos rígidos podem afrontar a postulados como a igualdade processual o que o compromete como um todo. Partindo desta idéia, emerge a necessidade da contextualização do processo civil com princípios constitucionais dirigidos ao mesmo, dentre eles, o devido processo legal, o qual, antecede e informa o legislador processual, o qual lhe deve obediência.

Diante das distorções das normas processuais, principalmente, as que provocam desnivelamento entre as partes, espera-se uma manobra emergente para se evitar, em algumas situações concretas, danos as partes nos processos em curso. Partindo dessa perspectiva, o cruzamento do procedimento com o devido processo legal, permite sanar desnivelamentos processuais *in caso* pelo magistrado ao valer-se da adaptabilidade, o qual representa como um sub principio do *due process* em sua feição procedimental.

Uma das principais causas que reclamam do magistrado uma postura proativa, nos casos concretos, diz respeito a situações regidas por normas que não atentam para a isonomia processual entre as partes. Adentrando nessa perspectiva, o julgador teria beneplácito no devido processo legal, cujo contraditório, traduz em uma regra basilar, e a adequação formal do procedimento uma operacionalização prática da dimensão procedimental do *due process*.

O artigo 562 do *códex* de 2015 prevê a possibilidade de postulação e processamento de pedido de tutela de evidência com base em prova documental e prova testemunhal, em audiência de justificação, sem nenhuma possibilidade de contraditório. O contraditório é extirpado nessa fase de cognição sumária, o que pode gerar, *in concreto*, situação de desequilíbrio processual entre as partes. Como resultado da estrutura desta norma, pode ocorrer uma situação específica de desequilíbrio processual entre as partes durante a audiência de justificação para a liminar de posse, o que exigiria uma intervenção do juiz para garantir o contraditório

e corrigir esse desequilíbrio.

Nesse contexto, a presente dissertação se apresenta como estudo científico direcionado a responder o seguinte questionamento: Como o magistrado pode estabelecer, *in casu*, o equilíbrio processual entre as partes no procedimento de pedido liminar nas ações possessórias de força nova, considerando a ausência de contraditório na fase de cognição sumária?

Partindo do problema desenhado, são lançadas hipóteses a serem testadas. Primeiro se a previsão da possibilidade de postulação de tutela de evidência possessória com base em prova testemunhal unilateral, confere ao magistrado o poder dever para, *in casu*, a efetuar adequações atípicas no procedimento. Segundo se a concessão de liminar na audiência de justificação nas possessórias de força nova, com lastro em provas unilaterais do autor, facilita a tramitação processual e traz benefícios ao sistema jurídico. E, por último, se o devido processo legal no procedimento possessório é observado na produção de prova, na manifestação sobre a prova produzida e no direito ao exame pelo órgão julgador da prova produzida.

O magistrado, não convencido da provas documental, prossegue o rito possessório designando audiência de justificação para ter um conteúdo probatório mínimo para julgar o pedido liminar. Ao designar o referido ato solene, o julgador se depara com o artigo 562 do *códex* de 2015, o qual proclama que no referido ato o magistrado devesse ouvir, apenas, as testemunhas do autor, fazendo-se o réu presente.

Partindo das teorias que embasam o conceito de posse, ou seja, a teoria subjetiva e objetiva, ambas convergem ao contorno da externalidade para a sua definição, ou seja, o fato do sujeito agir como se proprietário fosse. Com efeito, o referido comportamento, atesta-se, por excelência, com a prova testemunhal. Assim sendo, mesmo diante da faculdade legal do juiz apreciar o pedido liminar possessório com base na mera prova documental, a designação da audiência de justificação seria a via mais apta para colher as informações necessárias a caracterização ou não do exercício da posse por parte do autor.

Dentro desse contexto, retornando análise da audiência de justificação, regida pelo artigo 562, basicamente, duas situações, *in concreto*, no referido ato, estão fadadas a ocorrer, de modo que, diante da supressão do contraditório no procedimento estampado no artigo, de forma que, em uma delas, o desnivelamento

entre as partes vem a calhar. Assim, as testemunhas do autor podem ser uníssonas ou não quanto aos requisitos elencados no artigo 561 para a concessão liminar possessória, sendo esta uma compreendida como tutela de evidência. Seguindo esse raciocínio, na hipótese de todas as testemunhas do autor forem convergentes quanto preenchimento pelo mesmo dos requisitos do artigo 561, constata-se que o réu ficaria em uma posição de flagrante desvantagem, haja vista que estaria presente no ato, sem possibilidade de produzir prova, e seria telespectador de uma decisão de tutela de evidência determinando ao mesmo desocupar o imóvel.

Nessa senda, na presente pesquisa, busca-se pesquisar, na primeira situação, ora aventada, se a adaptação do procedimento de postulação liminar restauraria o equilíbrio processual entre as partes, haja vista que a flexibilização do procedimento constitui a operacionalização prática do devido processo legal. Para tanto, investigar-se-ia a fisiologia do modelo de flexibilização procedimental pátrio e sua possível aplicação ao procedimento possessório de força nova. Outrossim, perquirir-se-ia, *in casu*, se a produção probatória de ambas as partes na audiência de justificação possessória traria uma maior amplitude de cognição ao magistrado e segurança jurídica a decidir a tutela de evidência.

A observância do devido processo legal não só com relação ao procedimento como um todo, mas em cada fase deste é uma medida que se impõe.

Com efeito, a adaptação procedimental constitui uma ferramenta emanada do devido processo legal para, não só, amoldar o procedimento ao direito tutelado, como também, restaurar o equilíbrio processual. Influenciado pelo direito lusitano e premido pela necessidade da observância do devido processo legal junto aos procedimentos processuais, o legislador de 2015, espalhou no corpo do *códex* diversas cláusulas gerais processuais que estatuem um poder dever do magistrado de operar adequações atípicas no procedimento. Nessa senda, uma das importantes cláusulas de flexibilização procedimental é a esculpida pelo artigo 7º que direciona ao magistrado o dever de proceder adequações atípicas no procedimento com a finalidade de zelar pelo contraditório.

Partindo desse raciocínio, será analisado se dentro do conteúdo do devido processo legal, mais especificamente, do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, está a produção de prova, que pode ser tida como direito fundamental próprio, englobando os direitos de direito de produzir provas, de participar da produção da prova, de manifestar-se sobre a prova produzida, além do direito ao

exame, pelo órgão julgador, da prova produzida. Registra-se a necessidade de se observar a previsão da *tutela inaudita altera pars*, como regra, nas ações possessórias, sem nenhuma possibilidade de contraditório, obriga ao magistrado quando evidenciar, no caso concreto, desequilíbrio entre as partes, uma atividade de flexibilização do procedimento de forma a garantir um processo justo de forma a exigir a efetiva comprovação probatória da posse, e violação desta para ambos os litigantes nessa fase de cognição sumária, em especial, na audiência de justificação.

Para que isso seja possível, a proposta é efetuar uma abordagem dogmática. Nesse prumo, envereda-se o estudo, do artigo 562 do *códex* de 2015 considerando que, na referida audiência de justificação de posse por ele prevista, somente ao autor é conferido o direito de produção de prova testemunhal. Nesse contexto, parte-se um estudo sistemático com cláusula de flexibilização judicial do artigo 7º do mesmo diploma na hipótese de todas as testemunhas do autor forem unisonamente favoráveis ao mesmo, haja vista que, nesse caso, o réu ficaria, *in casu*, em situação de desvantagem.

O método é dedutivo, haja vista que, analisa-se, de um modo geral, o confronto da tutela *inaudita altera pars* nas possessórias como regra, sem exceção, com o proêmio do devido processo legal para, em seguida, apresentar-se uma hermenêutica adequada ao art. 562 do CPC a partir da adequação formal, *in caso*, do procedimento a cabo do julgador pautado em cláusula de flexibilização do artigo 7º, cuja origem, emana do devido processo legal.

Nessa senda, será aplicada metodologia de natureza dogmática, haja vista que se apresenta uma proposta de diálogo alusivo ao art. 562 do Código de Processo Civil com o devido processo legal, ou seja, há um evidente trabalho hermenêutico de norma jurídica por parte do magistrado no sentido de adequá-la ao devido processo legal.

Malgrado o Código de Processo Civil pátrio, em seu art. 9º, homenagear a formação do contraditório antes do debruçamento, pelo magistrado, do pedido liminar, de forma oposta, apresenta-se o regramento do pedido de tutela provisória nas ações possessórias catalogadas no mesmo diploma. Seguindo esse raciocínio, e para os riscos aos demandados, enquanto o art. 9º do *códex* elege o contraditório como regra e a liminar *inaudita altera pars* como exceção, nas possessórias essa lógica se inverte de forma mais radical, haja vista que o art. 562 suprime o contraditório consagrando a tutela, manifestação do réu, como regra sem

nenhuma opção de formação de contraditório.

Diante de toda a narrativa exposta, atesta-se a importância da presente pesquisa, haja vista que, se o magistrado segue rigorosamente o disposto no artigo 562, na hipótese das testemunhas do autor depuserem favoravelmente ao mesmo, o réu ficaria em situação de extrema desvantagem, haja vista que seria telespectador de uma decisão concessiva de liminar e teria que permanecer fora do imóvel até o fim do processo o que poderia trazer consequências irreversíveis ao mesmo.

Dessa forma, resta relevante o estudo da adequação do procedimento pelo magistrado ao devido processo legal, de forma a sanear, este manifesto desequilíbrio nos casos concretos advindo da redação do art. 562.

Para o atingimento do escopo propugnado e com vistas a tentar atestar as hipóteses aventadas, a presente dissertação foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, contextualizar o processo civil com o estado constitucional, e, dessa contextualização, destaca-se a necessidade do debruçamento no devido processo legal, o qual antecede e informa o legislador processual.

Nessa urdidura é desenhado todo o itinerário histórico do *due process*, suas dimensões, características, e, por último, uma abordagem da sua operacionalização prática nos casos concretos que se traduz na adaptabilidade procedimental a ser manejada pelo julgador nos casos concretos. Outrossim, analisa-se o contraditório como garantia da efetivação do devido processo legal e supedâneo para a adaptabilidade.

No capítulo seguinte, passa-se a tratar da adaptabilidade, ou adequação formal procedimental à luz da ciência processual.

Deflagra-se com a apresentação de uma teoria geral da adequação formal, em seguida apresenta-se um estudo tipológico, uma abordagem com fulcro no direito comparado dando ênfase a herança lusitana. Estuda-se, outrossim, os contornos da adequação formal, os limites e requisitos para o seu uso.

Por fim, faz-se uma abordagem à luz da legislação pátria do instituto. Nessa perspectiva, desenha-se todo o itinerário da adequação formal no direito processual brasileiro, as referidas escolas doutrinárias, bem como a influência do direito lusitano.

O terceiro capítulo apresenta um panorama geral das ações possessórias, conferindo um enfoque as liminares possessórias, cujo rito, convida a um confronto

com o devido processo legal. Nesse prumo, parte-se de conceitos preambulares do direito possessório, seguindo de um estudo tipológico das ações possessórias, e, por fim, uma imersão na análise estrutural da fisiologia das tutelas da posse. Dentro dessa perspectiva, debate-se a natureza jurídica dos provimentos liminares de demandas de posse, com destaque aos entendimentos de ser uma tutela de evidência, bem como se examina a norma que a regimenta a luz do contraditório e do devido processo legal.

Por fim, o capítulo 4 da continuidade no aprofundamento do itinerário da postulação liminar nas ações possessória introduzindo a problemática da vedação da formação do contraditório. Em seguida, inicia-se o confronto da norma com o devido processo legal, entendendo-se que o contraditório representa regra nuclear do *due process*. Por fim, deflagra-se o fornecimento de ferramentas para se adequar o devido processo legal ao procedimento liminar possessório de modo combativo a impossibilidade legal de contraditório nesta fase. Nesse prumo, apresenta-se a flexibilização ou adequação procedimental como um braço do devido processo legal e canal para possibilitar que o magistrado, *in concreto*, restaurar o equilíbrio processual.

O objetivo do presente estudo consiste, pois, em agregar para o melhor funcionamento do processo em demandas possessórias, especificamente, nos provimentos, ou seja, pleitos de tutela de evidência. Este aperfeiçoamento emergirá a partir do estudo da equivalência das partes na produção probatória, notadamente, nos pleitos liminares possessórios, levando em conta a possibilidade de flexibilização do procedimento pelo magistrado. Nesse espectro, considerando que litigantes ocupam a mesma posição processual, avivar-se-ia, na conclusão desse estudo, maior segurança jurídica às decisões liminares nas possessórias de força nova.



## 1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE

### 1.1 UMA BREVE ABORDAGEM DO PROCESSO CIVIL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para melhor compreensão do processo civil no período pós guerra e seu liame com a evolução do constitucionalismo, é mister que se faça um estudo das denominadas fases metodológicas.

Refere Mitidiero (2011, p.55):

[...] em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes linhas atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. A existência dessas diferentes formas de pensar o processocivil, aliás, já indica o alto grau de comprometimento existente entre cultura e processo, autorizando a impositão deste como um fenômeno eminentemente cultural.

Por muito tempo, o processo foi considerado como simples procedimento, ou seja, uma sucessão de atos e formalidades. Constatava-se, nesse estágio inicial, uma visão quase que mecânica do processo. Titula-se da primeira fase metodológica do processo civil intitulada de praxismo (GONÇALVES, 2001, p. 66).

No praxismo, também denominado de fase sincretista, o direito processual não possuía autonomia científica, não havendo sequer distinção entre o direito material e o direito processual, portanto, isso foi considerado apenas no lado prático, sem quaisquer reivindicações científicas (DIDIER JR, 2018, p.103).

Diante da necessidade de se distinguir relação jurídica processual da relação jurídica de direito material, instaura-se uma imersão na segunda fase metodológica denominada de processualismo. Assim estabelecidos os fundamentos da autonomia do direito processual, diferenciando-se a relação jurídica processual da relação jurídica de direito material. Dentro desse contexto, o processo já não se configura como um instrumento pelo qual as partes, a partir da sua liberdade contratual, exercem seus direitos; atualmente, o processo é concedido pelo Estado às partes, que estão sujeitas à autoridade judicial estatal (MARINONI, 2013, p. 395).

Esta etapa deu um notável contributo para o direito processual, ao confirmar cientificamente que se trata de um ramo do direito autonomo, com princípios próprios e deontologia específica no domínio do direito (MADUREIRA; ZANETI JR., 2017).

No entanto, devido às restrições dos conceitos processuais, que afastam o processo civil da realidade e do contexto social, surge a terceira fase, chamada de instrumentalismo, tendo por principal precursor no Direito brasileiro o Candido Rangel Dinamarco (2008, p.181). Candido José Dinamarco (2009, p. 366) sugere a comunidade à concepção da instrumentalidade do processo, rompendo com a rigidez do tecnicismo processual e considerando que a estruturação do processo deve visar à promoção de importantes objetivos sociais e políticos, percebendo a limitação da rigidez procedimental, concebida na história como garantia da segurança jurídica, já não se mostra mais como a via adequada para alcançar bons resultados no processo. Nessa vereda, a preocupação de Dinamarco foca na disponibilidade do direito material e não das regras procedimentais.

A fase que sucede a instrumentalista seria a do formalismo-valorativo, consagrando-se uma nova fase metodológica do processo civil brasileiro, fase que evidencia o elo do processo que de seu compromisso com os direitos fundamentais e com o estado constitucional de direito. Nessa senda, também denominado de Formalismo-Valorativo ou Formalismo-ético. Trata-se de uma teoria desenvolvida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, contrapondo-se à concepção de formas do Instrumentalismo, a qual entendia como meios preordenados aos objetivos em cada momento processual. Adotou-se, por sua vez, uma visão ampla de formalismo, caracterizando-o como a totalidade formal do processo (LOURENÇO, 2018).

Como se percebe, o Formalismo-Valorativo compreende o processo como o núcleo metodológico, divergindo do Instrumentalismo que coloca a jurisdição como o centro da Teoria do Processo (ABBOUD; LUNELLI, 2015). Um dos aspectos fundamentais do Formalismo-Valorativo é a percepção do processo cooperativo, buscando um equilíbrio justo entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu. Assim, vale a máxima da cooperação, reconhecendo a importância do equilíbrio na distribuição dos poderes entre os sujeitos do processo. Busca-se ponderar a adequação do procedimento sempre por meio de um juízo equilibrado entre efetividade e segurança jurídica, como elementos não antagônicos e insubstituíveis do fenômeno processual (MADUREIRA; ZANETTI JR, 2017).

O ideal do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno surge durante o século XX, pela Segunda Guerra Mundial. A inserção de valores ao texto constitucional revelou a centralidade dos direitos fundamentais, a reaproximação entre direito e ética, e uma nova hermenêutica constitucional, acabando em um

profundo processo de constitucionalização do Direito. Com isso, toda a ordem jurídica passa a ficar saturado de valores constitucionais, mormente com desdobramentos no direito processual civil (HERZL, 2012, p.50).

A constitucionalização do processo civil proporcionou o repensar do conceito de processo, à luz dos direitos e garantias fundamentais. Leciona Elio Fazzalari (2006, p.109) que, atualmente, o processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual, conceituando-se pela obediência dos direitos fundamentais a ele inerentes, aplicados a uma pilar procedimental; segundo, impõe-se derrubar os obstáculos que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição. Registra o autor:

[...] Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o “processo” (esquema da disciplina de sua competência) e permanecem ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado clichê pandetístico da “relação jurídica processual”. [...] Como repetido, o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e, obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.

Sob a ótica constitucional, o direito de ação transcende a concepção como um direito unilateral ou o direito de obter uma sentença meritória, passando a ser compreendido como um direito fundamental de acesso a um sistema jurídico justo. Essa noção abrange o direito a um processo imparcial e, por conseguinte, técnicas processuais adequadas para proteger efetivamente os direitos materiais (ARAÚJO 2020, p. 224).

O processo do Estado Constitucional deve ser concebido com base na proteção dos direitos, pois essa é a sua finalidade. Nesse sentido, os critérios de justiça, efetividade e adequação são fundamentais e devem ser cumpridos (MITIDIÉRO, 2014, p. 17).

Sobre a constitucionalização do processo, leciona Roberta Araújo (2020, p. 224) na fase pós Segunda Guerra a contribuição de processualistas italianos, vejamos:

o périplo histórico que sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, sobretudo, a partir das notáveis contribuições de Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo

Comoglio, Nicolò Trocker, estudiosos do direito processual passaram a refletir sobre o papel do processo no marco do Estado Constitucional, envidando esforços para a construção da ideia de um procedimento justo, efetivo e adequado.

De uma outra perspectiva, observa-se um progresso gradual no que se refere à importância da Constituição para o processo. Um dos primeiros estudiosos do processo que percebeu isso foi Gian Antonio Micheli (1941, p. 445), que, no início da década de 1940, enxergava as normas constitucionais como um pressuposto fundamental para o direito processual. Na década seguinte, Liebman (1954, p. 129) já concebia a obrigação de interpretar as normas processuais de forma a conciliá-las, na medida do possível, com o que é estabelecido pela Constituição.

Ainda adentrando na cena constitucionalista italiana, na década de setenta, Nicolò Trocker (1974, p.11) vai enfatizar a origem constitucional dos institutos processuais que vai falar em um direito à tutela jurisdicional a partir de bases constitucionais.

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível uma visão processual que não leve em conta a Constituição. Dentro dessa perspectiva, Taruffo (2004, p.119) aborda a temática da constitucionalização do processo, partindo da compreensão dos princípios constitucionais que “constitucionalizam” não apenas a ação, mas também o direito ao processo, sustentando a ideia do processo devido. Dessa forma, dentro dessa plataforma principiológica de natureza constitucional, o devido processo legal assume destaque a partir da investigação dos fundamentos para a concepção de um processo adequado.

Segundo Leciona Baracho (1980, p.60),

as constituições do século XX, salvo raras exceções, reconheceram a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual, dentro do conjunto de direitos humanos e garantias necessárias. Para compreender o julgamento como uma garantia dos direitos individuais, é necessário uma análise sob a perspectiva constitucional do direito processual. Além disso, ele afirma que é na Constituição que o operador e aplicador do direito encontrará a base e os princípios que informam o Direito Processual Civil, principalmente no que se refere ao chamado "*due process of law*".

As tendências do direito processual civil, à luz do neoconstitucionalismo, são destacadas, por Ricardo Herzi (2012, p.50), o qual, menciona a construção de um conceito mais amplo de processo, desvinculado exclusivamente da jurisdição, a revelação do conteúdo dos princípios mais relevantes do direito processual civil, a justificação da necessidade de expansão da criatividade judicial e a exemplificação

de algumas técnicas de filtragem de acesso às instâncias superiores e de vinculação às decisões judiciais. O autor prossegue afirmando que a marca da constitucionalização do processo civil é evidenciada pela prevalência dos princípios. O direito processual civil deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos princípios que emanam da Constituição, sob pena de violação ao pacto político fundamental. Os princípios tornam-se o elo que une o processo civil à Constituição.

A partir dessa construção, resta necessário a imersão ontológica no devido processo legal, considerando a sua função informadora sobre todo o estudo do direito processual civil contemporâneo.

## 1.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dentre os princípios a serem seguidos em matéria processual, destaca-se o devido processo legal. Fredie Didier Junior (2015, p.66) explica que esse princípio é um dos institutos jurídicos mais fortemente influenciados pela acumulação histórica, uma vez que o conceito do devido processo legal ultrapassa necessariamente a sociedade e o momento histórico em que vive. O autor continua alertando que é extremamente importante analisar suas origens e desenvolvimento até que seja incorporado à nossa ordem constitucional, observando que a construção da ontologia do processo devido é uma engenhosidade em constante evolução.

Na mesma linha, ensina José Alfredo de Oliveira Baracho (1980, p.26) que:

é a partir do texto constitucional, enfim, que o operador vai identificar a base e os princípios que informam o Direito Processual Civil, sobretudo o chamado *due process of law*, segundo o qual o processo impõe juiz imparcial, igualdade de oportunidades para as partes e procedimento regular, previsto em lei.

Eis a primeira dificuldade no enfrentamento do estudo do devido processo legal: conceitua-lo. Leciona Antônio Roberto Sampaio Dórea (1964, p. 48) que, há quase um século de menção ao princípio, não se permitiu ainda a específica delimitação de seu conteúdo. Prossegue afirmando que o núcleo duro do princípio, não está infenso às mutações do tempo e seria o substrato para compreendê-lo e aplicá-lo nos casos concretos.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p.88) conceituam o devido processo legal afirmando que:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que,

de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Diante dos esforços de definição do “*due process*” Lorena Barreiros (2009, p.38) resgata a visão de que o devido processo legal caracteriza-se como uma cláusula geral:

A indefinição conceitual e a tipicidade mínima antes enfatizadas contribuem para uma maior mobilidade do sistema, permitindo que a noção de devido processo legal não permaneça estagnada no tempo e no espaço, antes ganhando novos contornos ao ritmo das mudanças sociais. As considerações acima deduzidas autorizam a que se conclua que o devido processo legal é uma cláusula geral.

Diferentemente de Humberto Avila (2008, p.57) que contempla o devido processo legal como sendo um princípio unicamente procedimental, Fredie Didier Júnior (2005, p. 37), adota o seu contorno de cláusula geral: “O devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher.”

Quanto ao contorno circunstancial do conceito do devido processo legal, pontua Kazuo Watanabe (1985,p.163):

O conceito de devido processo legal é, portanto, circunstancial, cunhado na conjugação da segurança jurídica com a efetividade, e, no afã da harmonização desses dois postulados, harmonizam-se diversos princípios fundamentais na aplicação do direito. Essa harmonização também não é tarefa fácil: ora se utiliza o contraditório diferido, sobressaindo a celeridade, noutro caso se dita o privilégio à instrumentalidade das formas em detrimento da rigidez da adequação, com fundo numa igualdade substancial em privilégio ao princípio da inafastabilidade. A fina sintonia na aplicação de um dos princípios ou da associação deles, diante do caso concreto, é que dá o tom do que seja o devido processo legal em específico – princípio-síntese, que não deve ser afastado, sendo sempre aplicável em sua inteireza –, aquele que se traduza na outorga do verdadeiro “acesso à ordem jurídica justa”.

No sistema norte-americano, o conceito de devido processo legal no âmbito da Constituição foi formulado há mais de seiscentos anos (SILVEIRA, 1996, p. 63). No sistema italiano, mesmo sem formular um conceito, há, em termos evolutivos, uma clara afirmação do “devido processo” de que o processo deve dar o título do direito, tanto quanto possível, tudo e exatamente que ele tem direito (CHIOVENDA, 1911, p. 110).

No entender de Silveira (1996, p.63), cuida-se de mais um conceito aberto,o

qual somente se atingirá diante da necessidade de decisão do Estado-juiz sobre determinado caso concreto. Continua o autor afirmando que é na mudança subjetiva na vida das pessoas envolvidas no processo que se revelará o balizamento da decisão judicial de forma a se observar se o processo atingiu ou não os suas finalidades. Nesse aspecto, observar-se-á o valor do devido processo legal lavrado durante todo o processo. Por último, conclui que devido processo legal, em traços gerais, é aquele sob o qual se pode atingir uma decisão judicial que utilize a conjugação dos princípios e regras pertinentes ao caso subjetivo, promovendo o acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Pontifica Vitor Galvão Fraga (2018, p.410) ensina que a indeterminação conceitual do devido processo legal tem fundamento na sua forte dimensão política. Ainda dentro do contexto conceitual registra Eduardo José da Fonseca Costa (2021, p. 35) é necessário com urgência salvar o devido processo legal da cela de indeterminação conceitual na qual foi enclausulado. Para isto, a compreensão da expressão deve resultar a co-apreensão circular de cinco elementos a seguir delineados pelo autor:

1) o termo *devido* [primeiro elemento textual]; 2) o termo *processo* [segundo elemento textual]; 3) o termo *legal* [terceiro elemento textual]; 4) a indespojabilidade da liberdade e dos bens sem o «devido processo legal» [elemento co-textual]; 5) a inserção dos quatro elementos anteriores no rol das garantias fundamentais individuais [elemento *con*-textual]. Logo, é possível afirmar sem sofismas que o «devido processo legal» é (2) o procedimento em contraditório, (1) de interposição obrigatória entre a jurisdição e os jurisdicionados, (3) instituído por lei (5) para protegê-los de eventual arbítrio jurisdicional (4) quando da privação do patrimônio ou da liberdade. Enfim, o «devido processo legal» é o próprio *processo-como-garantia, amacrogarantia-processual, o processo-em-sua-contra-jurisdicionalidade*. No entretanto, já se percebe de plano que, para desnaturar-se o processo de garantia *contra*-jurisdicional em ferramenta *pró*-jurisdicional, mutilam-se basicamente os elementos (3) e (5). Ou seja, finge-se que se pode regular o processo fora da lei e que a Constituição não o institui como uma garantia *contra*jurisdicional. Consequentemente, a expressão «devido processo legal» perde a sua densidade normativa. É atirada nas valas da impermanência semântica. Reduzida a um mero slogan. Privada de positividade séria. Tornada um dispositivo de *soft law*. Tudo sob o prelúdio autoritário de uma doutrina estatolatra. E, com isso, muitas vezes, o Poder Judiciário apropria-se subrepticamente do processo, fazendo-o *seu* e praticando, nos planos da extralegalidade e da infralegalidade, golpes intransparentes contra a cidadania.

### 1.3 ORIGENS HISTÓRICAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As origens longínquas do devido processo legal estão ligadas ao direito alemão medieval, mais especificamente ao *Constitutio de Feudis*, édito de 28 de Maio de 1037 do imperador Romano-Germânico Konrad II (Konrad der Ältere – Conrado, o Velho). Acredita-se que este decreto seja o primeiro que reduziu o direito feudal a termo escrito. Em decorrência do édito, algumas regras costumeiras alcançam autoridade consequente da dignidade do promulgador e derivada aceitação universalista. O decreto instaura a maturidade do feudalismo alemão ao admitir a duração eterna do feudo (STUBBS, 1908, p. 146). Apesar da conexão com o direito medieval alemão, a imersão no referido princípio pela primeira vez no século XIII, acenana Inglaterra como uma proteção aos direitos da vida, liberdade e propriedade, com o intuito de restringir o exercício do poder real (SILVEIRA, 2018, p. 372).

O devido processo legal aparece como meio de proteger os nobres contra os excessos do poder real, na Inglaterra. O rei João Sem Terra, no ano de 1215, viu-se coagido a concordar com os termos da declaração de direitos, que passou a ser chamada de Magna Carta, apresentada pelos barões, que insurgiram contra a tirania vigente (PARIZ, 2009, p. 76).

A expressão “*due process of law*” não surge de imediato. “*Law of the land*”, expressão que daria origem, mais tarde, ao “*due process of law*”, foi implantada no texto da Carta Magna, de 1275, subscrita pelo Rei João Sem Terra, fazendo referência à vedação de que, sem a existência de um processo, um homem tenha o direito a vida violado ou que seja tolhido de sua liberdade. Nesse contexto, a positivação do devido processo legal, operou-se em uma lei inglesa de 1354 (WAMBIER 1991, p. 57).

Nesse sentido, Cássio Cavalcante Andrade (2014, p.77):

Em 1354, a expressão *law of the land* seria substituída por *due process of law*, em razão de ato do Parlamento inglês, que também, nesse momento, estendeu as garantias da Magna Carta a todas as pessoas do reino, não mais ficando adstritas à nobreza. devido processo legal, originalmente consubstanciado, representava a essência da liberdade individual em face da lei, 13 e o objetivo era limitar os poderes do rei (e não o do Parlamento), trazendo consigo o ideal de justiça.

Sob a locução *law of the land*, o princípio foi declarado pela primeira vez em um documento jurídico, especificamente no artigo 39 da referida Magna Carta, com as mudanças da Carta de 1225, consoante leciona Angelo Aurélio Gonçalves Paris (2009, p.78):



Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

De acordo com Paulo Fernando Silveira (2018, p. 29), pela primeira vez, a partir da Magna Carta, ficou conclusivo que ninguém, por mais poderoso que seja, está acima da lei, pois é uma regra absoluta estipulada e as leis do país devem ser obedecidas. Assim, o mencionado artigo tinha por condão substituir a força real pela força da lei.

Leciona Ada Pellegrini Grinover (1972, p. 26) que nos Estados Unidos da América, o princípio do devido processo legal, foi apresentado por meio das Emendas Constitucionais V e XIV, lembrando que, antes mesmo dessas mudanças, havia estados como Virgínia, Massachusetts, Nova York, Pensilvânia e Maryland, que adotaram a Cláusula do “*due process*”.

Nesse prumo, ganha novos arranjos nos Estados Unidos da América, não ficando resumido somente à sua dimensão procedimental. A Suprema Corte Americana, a partir do século XIX, passa a se valer do devido processo legal como controle da matéria legal, a partir da análise da sua razoabilidade (SILVEIRA, 2018, p. 372). No direito americano, o devido processo legal foi inserido pela V emenda à Constituição. Por derradeiro, foi aprovada a XIV emenda, que ampliou a abrangência para acrescentar a vida, liberdade e propriedade (LIMA, 2007, p.241).

O pano de fundo para inserção expressa do devido processo legal associa-se a todo um contexto histórico. As treze colônias inglesas na América do Norte foram pedra angular para a expansão da cláusula do devido processo legal e a sua permanência no direito até a atualidade, chegando a ter influência, inclusive, na concepção de justiça (SILVEIRA, 2018, p. 30).

Percorrendo o ancestrais ingleses e norte-americanos, é mister estudar como o princípio do devido processo legal foi inserido no ordenamento jurídico pátrio. Sobre esse itinerário, leciona Takoi (2009, p.283) que, a primeira vista, embora não sejam o *due process of law* brasileiro igual ao norte-americano, não se pode negar a influência desse último.

No Brasil, não existia nenhuma ordem nas constituições precedentes a de 1988 que pudesse se referir ao devido processo legal, porém, informa Kazuo Watanabe (1980, p.30) que a doutrina, com supedâneo no § 4º do art. 153 da

Constituição de 1969, já advogava a aplicação do devido processo legal no direito processual brasileiro e no direito constitucional.

Dentro da realidade brasileira, ensina Juliano Vitor Lima (2007, p.242):

Posteriormente à análise das Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, observa-se que a única que traz o princípio do devido processo legal de maneira expressa é a Constituição de 1988, o que, conseqüentemente, causou o rompimento com o dogmatismo processual. O devido processo legal é um princípio inserido em uma Constituição democrática arrimada no Estado Democrático de Direito (LIMA, 2007, p. 242).

Notadamente, o devido processo legal se expandiu na doutrina do *common law*, com ênfase na construção jurisprudencial americana. Aqui no Brasil, a expressão devido processo legal só veio a calhar na Constituição de 1988, mas algumas regras baseadas nesse princípio existiram aqui e ali em fases constitucionais anteriores.

Dessa forma, só em 1988, com a promulgação na nossa atual Constituição Federal, inclinada para o Estado Constitucional, faz-se identificar, de forma expressa, a adoção do princípio do devido processo legal. Mais do que isso, a Constituição elenca tal princípio entre seus Direitos Fundamentais, tornando-o cláusula pétrea e insuscetível de mudança por emenda (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 27).

Nesse sentido, somente na Constituição de 1988 (artigo 5º, LIV), o “*due process*” passou a ser norma escrita. É importante ressaltar, como veremos, que se trata de um princípio macro ou um princípio agregador que norteia diversos outros princípios, sejam eles integrantes ou não da lei escrita. Assim, onde estiverem os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso à justiça, por exemplo, estará presente também o princípio do devido processo legal (SOARES; CARIBE, 2019, p. 174).

#### 1.4 DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 72) ressalta a base garantística do devido processo legal. Nessa perspectiva, faz o autor uma alusão as regras processuais e a base garantista. Vejamos:

As regras do jogo processual devem comportar interpretação a partir dessa matriz garantista, não se podendo aplicar isoladamente as normas processuais, sem que se proceda antes a uma oxigenação constitucional,

sob pena de ser negada a justiça, conduzida a decisão ao niilismo do comando judicial.

Outro ponto que mece ser salientado é a importância do seu estudo dentro da teoria do processo. Como desdobramento dessa abordagem principiológica do devido processo legal, passa-se a perscrutar se o devido processo legal refletiria em uma teoria do processo, ou seja, se todos procedimentos e fases processuais lhe deveriam obediência. Sobre esta perspectiva, Canotilho (2003, p.494) faz o seguinte apontamento:

A teoria processual (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por teoria do processo devido por qualificação legal, limita-se a dizer que uma pessoa 'privada', dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei.

Enfatiza Lima (2007, p. 242) que com a aplicação do princípio do devido processo legal observa-se uma ruptura epistemológica como superação de visão processual causando o rompimento com o dogmatismo processual. Na perspectiva do autor, o devido processo legal é um princípio inserido em uma Constituição democrática arrimada no Estado Democrático de Direito (LIMA, 2007, p. 242). Diante do exposto, o “*due process*” reflete na dinâmica do legislador processual, o qual lhe deve obediência.

Seguindo este raciocínio, a legalidade processual não pode se restringir à mera correspondência à lei, pois o devido processo legal é, antes de legal, devido, isto é, adequado à execução das metas do processo. Ao lado da corrente garantista, a qual aponta que o devido processo legal é a expressão da legalidade do processo, existe corrente que compreende que cláusula *due process* só pode ser largamente entendido através de uma teoria valorativa pautada pela noção de justiça, podendo-se dizer, então, de uma garantia de processo justo. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 433):

Em termos gerais - e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade -, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de causas e outras (...). Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process* (...)

A compreensão do do devido processo legal se associa, outrossim, à

compreensão das suas facetas processual e substancial. A referida dicotomia, segundo Oscar Valente Cardoso 2013, p.66) é oriunda da doutrina e prática estadunidense, sendo a o “*substantive due process*”, também denominado de devido processo material, substantivo ou substancial, já o “*procedural due process*”, também chamado de devido processo formal ou instrumental.

Inicialmente, a garantia do “*due process of law*” tinha aplicação, apenas, no processo penal. Era entendida como um ataque às garantias e formas processuais que impedem o direito de defesa: ninguém pode testemunhar contra si mesmo; o acusado tem o direito de julgar as testemunhas de acusação; ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime; a investigação criminal prosseguirá perante um juiz; os legisladores não podem promulgar normas retroativas (BARACHO, 1980, p.88).

Ancorando-se na doutrina e da prática estadunidenses, divide-se o devido processo legal em: material, substantivo ou substancial, *substantive due process*, e formal ou instrumental, *procedural due process*.

Marco Eugênio Gross (2011, p.375) aponta a importância dessa dicotomia existente entre o devido processo legal substantivo e o procedimental. Além disso, identifica-se o devido processo legal substantivo com a proporcionalidade e a razoabilidade das leis, de modo que elas não sejam arbitrárias a ponto de tolher algum direito fundamental. Mas advoga que é necessário o devido processo legal substantivo para justificar a proporcionalidade.

O devido processo legal, em suas origens, sempre foi visto com viés processual, compreendendo, ainda que de maneira incipiente, o acesso à justiça, o juiz natural, a igualdade, a defesa, a motivação e publicidade dos atos decisórios e, ainda, a fixação de prazos compatíveis com a duração razoável do processo (TUCCI, 1993, p.19).

Primeiramente, importa ressaltar que essa divisão entre devido processo legal procedimental e substantivo não é uma diferença entre forma e conteúdo. Na verdade, essa é uma divisão material do *due process*, de maneira que todo conteúdo relativo ao procedimento, às garantias dos sujeitos do processo, aos meios de defesa, entre outras, são parte da dimensão procedimental; de outro giro, a dimensão substancial se importa com a razoabilidade daquilo que se coloca sob o crivo do princípio; um tem a ver com direito processual e outro com direito material. Como define Tavares Pereira (2007, p. 8):

A Doutrina do Devido Processo Substantivo afirma, em primeiríssimo lugar, que a cláusula de devido processo não apenas impõe a observância de procedimentos retos – garante direitos procedimentais básicos – mas que também exige que o poder se contenha diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como os direitos de liberdade de expressão e de religião, por exemplo. O indivíduo tem o poder de possuir ou fazer certas coisas, mesmo que o desejo do Estado seja em sentido contrário. E isso exprime a ideia de substantividade. Ao lado da dimensão procedimental, existe uma dimensão substantiva do princípio do processo devido. Por dimensão substantiva, ou devido processo legal substantivo, compreende-se a visão do devido processo legal como standard de razoabilidade e proporcionalidade.

A origem embrionária da dimensão substantiva do devido processo se dá em 1856, quando uma Corte de Nova York invalidou uma lei estadual, que vedava o uso de bebida alcóolica, com base na análise do conteúdo da lei. Na referida decisão, de forma inaugural, foi mencionado o que o devido processo não protege tão somente o modo do procedimento mas também o conteúdo substantivo da legislação(SILVEIRA, 2018, p. 357).

Vaticina Nelson Nery Júnior (2010, p. 78) que o “*substantive due process*”, emana de orientação firmada pela Suprema Corte Americana, equivale ao princípio da razoabilidade das leis em face dos direitos fundamentais; em outras palavras, o devido processo legal vai além do processo, abrangendo também temas de direito material, a exemplo da abusividade de uma cláusula contratual.

Representa, nessa perspectiva substancial, uma limitação ao mérito da conduta do Estado, especialmente dos poderes legislativo e executivo, leis e condutas que devem demonstrar racionalidade e justiça desde o momento em que são elaboradas. Em outras palavras, é a fusão objetiva de vários princípios de legalidade, moralidade, ética, para garantir o pleno exercício dos direitos no sentido mais amplo relacionados à liberdade, propriedade( GRINOVER, 1973, p. 36).

Em suma, a dimensão substantiva do “*due process*” é um instrumento de combate ao abuso de poder, uma proteção do cidadão contra a arbitrariedade estatal, vetando que o Estado atue fora dos limites que foram conferidos a ele pela Constituição. O Estado deve atuar pautado na razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, sem excessos (CARVALHO FILHO, 2016, p. 44). Nesse Sentido, Luiz Flavio Gomes (2007, p.534) ensina que:

na atividade legislativa, como efeito do devido processo substancial, uma lei que não atenda para a razoabilidade é inconstitucional, por ferir a cláusula substantiva do *due process*, neste caso, cabe ao Poder Judiciário, a tarefa de aferir a razoabilidade desta lei.

José Miguel Garcia Medina (2016, p. 117) sobre a dimensão substancial do

devido processo legal:

A dimensão substancial do devido processo legal tem forte ligação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A proporcionalidade é sentida na exigência de parâmetros de razoabilidade (übermass – proibição do excesso) para a atuação dos Poderes constituídos. O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, contempla os subprincípios da adequação (verificação da idoneidade do meio para atingir sua finalidade), da necessidade (se o meio não pode ser substituído por outro menos gravoso) e da proporcionalidade estrita (em sentido estrito, significa a vedação à concessão de um bem da vida que venha a prejudicar outro bem de valor superior). A atuação desses subprincípios, em conjunto, envoltos no princípio da proporcionalidade ampla, acaba por traduzir, em muitos casos, a exata medida da razoabilidade. Até porque esta “diz respeito à compatibilidade entre meios e fins de uma medida.

Em que pese o destaque da proporcionalidade nesta dimensão substantivo devido processo legal, Carlos Roberto Siqueira de Castro (1989, p.148), refere-se ao devido processo legal substantivo ligado à ideia da razoabilidade das leis. Posiciona-se, assim, o autor:

É digno de nota, a propósito do título escolhido ao presente trabalho, que, muito embora o cânone da ‘razoabilidade’ suprimido na fase de elaboração da nova Constituição do Brasil tivesse pertinência direta com os atos administrativos, a sua aplicação à generalidade das regras jurídicas, expressão onde se incluem as leis formais e toda sorte de ato normativo editado pelo pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, constituiria resultado inafastável da interpretação extensiva e sistemática de tal dispositivo constitucional. Ainda que assim não se entendesse, por excessivo apego ao método literal e sobremodo precário de interpretação das normas jurídicas, restaria de todo indubitável, conforme temos buscado demonstrar ao longo da exposição, que o postulado da ‘razoabilidade da lei’ promana forçosamente de aplicação de caráter ‘substantivo’ (substantivo *due process*) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida como criatividade e sendo de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição, máxime, aqueles integrantes do Excelso Poder Judiciário.

Não se pode deixar de olvidar que, no Brasil, há aqueles que efetivamente criticam o devido processo legal substantivo. Roberto Del Claro (2006, p.211), por exemplo, advoga que a Constituição americana não dispõe um amplo rol de direitos fundamentais, não se carecendo devido processo legal substantivo. Na mesma perspectiva, Humberto Ávila (2008, p.50), leciona queo devido processo legal deve ser compreendido exclusivamente em sua dimensão procedimental, formado por três partes, ou seja, a existência de um processo com compatibilidade com o ordenamento jurídico e dotado de justeza.

Nelson Nery Junior (1995, p.36) faz uma análise comparativa do olhar para o processo perante o devido processo legal, revisitando no sentido de que a visão, antes da aplicabilidade da referida clausula, era limitada, não tendo a mesma

acepção de hoje. Menciona o autor:

Após anos de sua aplicação, a cláusula procedural *due process* alcançou o significado aproximado do que é hoje, consistindo no “dever de propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos”.

Quanto à dimensão procedimental do devido processo legal, isto é dizer que o devido processo legal se atenta com a garantia de uma série de princípios e direitos processuais importantes. Dessa forma, o devido processo legal é o gênero do qual irradiam todos os princípios processuais. O devido processo legal abrange, assim, o princípio da legalidade procedimental, aquela ideia inicial da cláusula do *due process* em sua origem, como a garantia do procedimento que se adeque ao direito (JUSTEN FILHO, 2014, p. 211).

### 1.5 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE COMO COROLÁRIO DO *PROCEDURAL DUEPROCESS OF LAW*

Leciona Geraldo Brindeiro (1996, p. 33) que o devido processo legal, sob o aspecto processual, é garantia eminentemente processual de julgamento pelos seus pares, de acordo com a lei em vigor, num procedimento cujas regras são pré-determinadas e conhecidas, com a proibição do chamado *bill of attainder* leis retroativas e a vedação de autoincriminação além do julgamento duas vezes pelo mesmo fato.

No âmbito processual, um aspecto importante a ser destacado é a participação no processo para a formação da decisão, o que constitui, de imediato, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais. Portanto, essa participação é, por si só, o exercício de um direito fundamental, podendo ser qualificado substancialmente e servir de sustentáculo constitucional para o princípio da colaboração. É necessário que as partes e o órgão judicial, assim como todos os demais envolvidos no processo, atuem com boa-fé e lealdade (OLIVEIRA, 2004, p. 8).

Historicamente, o devido processo legal passou a operar maior carga no plano da eficácia. Nota-se, claramente, nos dias atuais, a preocupação com um

processo de eficiência, um processo de resultados (SOUZA JUNIOR, 2013, p.13). O desenvolvimento do devido processo legal imprimiu uma mudança na aplicação do princípio da adequação: já não basta um processo regular, procedimentalmente existente; ele tem que ser justo e adequado. Esse é o sentido da cláusula do devido processo legal, que torna o processo adequado. Esse é o sentido em falar na existência do princípio da adequação (VIGORITI, 1973, p. 30).

Portanto, a adequação é um sub-princípio do devido processo legal, principalmente partindo da ótica de sua extensão procedimental. Com efeito, parte-se do pressuposto de que há uma dimensão do devido processo legal fundamental, de que se impõe que o processo para ser devido deve ser adequado. Segundo Didier Jr. (2001, p.237) a adequação formal do procedimento significa adequa-se o processo ao seu objeto tanto no âmbito pré-jurídico, legislativo, abstrato, com a criação de procedimentos apropriados com o direito material, como no plano do caso concreto, processual, permitindo-se ao magistrado, desde que previamente, alterar o procedimento conforme às exigências da causa. Andrian Garcia (2022, p.154) a despeito da natureza jurídica do referido comando. Nessa trilha, leciona que trata-se de norma principiológica, mas também contorno de cláusula geral.

Existem basicamente três sistemas de flexibilização, ou adequação ou seja, a flexibilização legal, negocial e judicial.

Didier Jr. (2015, p.114). explica que:

o princípio da adequação legislativa funciona como vetor, norte informador da produção legislativa das regras processuais; o princípio da adequação jurisdicional revela-se no caso concreto levado à apreciação jurisdicional, quando o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; e, o princípio da adequação negocial deriva de convenções celebradas pelas partes, permitindo o procedimento se amoldar a uma nova formatação.

Na flexibilização legal, o legislador já apresenta previamente a possibilidade de variação ritual por exemplo, o quando autoriza hipótese de julgamento antecipado da lide. Na negocial, em que a lei autoriza as partes o amoldamento ritual. e a judicial, na qual, o magistrado observa que a regra processual, naquele caso, é uma regra inadequada, então ele afasta a regra processual e constroa uma regra processual adequada.

Este último, é denominado princípio da adaptabilidade ou princípio da adequação judicial do processo, o qual guarda correspondência direta com o devido processo legal, o qual não coabita com normas deficientes que, por exemplo,



extirpam a igualdade processual. Dentro dessa perspectiva, o magistrado alicerçado com o devido processo legal, deve buscar o caminho para se alcançar o processo adequado.

As garantias referentes ao devido processo legal têm o contorno vinculativo não só para o legislador, mas também para os intérpretes da lei, a exemplo do magistrado. Assim sendo, padecendo o procedimento de lacunas ou vicissitudes emerge a necessidade de adaptação do mesmo para atender aos ditames do *due process*. Ensina Takoi (2009, p. 292):

Não se pode esquecer também que as garantias inerentes ao devido processo legal, além de atuarem de forma impositiva perante o legislador que cria as regras do processo civil através das leis, também atua incisivamente e de forma vinculante em relação aos intérpretes da lei e às partes do processo.

A adaptabilidade procedimental, nutre um elo com o protagonismo do Julgador, logicamente, balizado nos limites estabelecidos para amoldamento ritual, haja vista que o referido princípio configura um desdobramento do “*due process*”. No que tange ao a essa condução judicial ativa do processo ao lume do devido processo legal, vejamos a lição de Takoi (2009, p. 292):

Ora, o Juiz no Estado Democrático não pode ser o mero aplicador da lei, porque de fato constitui o verdadeiro provedor da justiça, estando assim, vinculado à cláusula do devido processo legal, que o condiciona na condução dos processos. De fato, além de ter a sua disposição amplos poderes instrutórios do processo e coativos para fazer cumprir a obrigação, o juiz deve procurar sempre o escopo final do devido processo legal, que é a pacificação do conflito com justiça.

No que pertine à possibilidade de amoldamento dos ritos processuais e a gestão judicial processual, vaticina Paula Costa e Silva (2011, p.146) a correspondência com os ditames constitucionais:

No seu artigo Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus, aquela autora, para afastar o invocadoproblema de se percorrermos ritos diferentes na decisão de causas que, afi-nal, apresentam fortes semelhanças entre si, começa por alertar que tudo estará em saber se a diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa e depois escreve: «Acima da forma, está o princípio da acção.e a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre através de um ou outro tipo de sequência,é relativamente neutro. desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios constitucionais (processuais) fundamentais — igualdade e contraditório amplo —, qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve Em complemento ao explanado pelo autor, Passos (2015, p.51)ainda diz mais: O objetivo perseguido pelo princípio da adequação formal é garantir o acesso à justiça de modo que regras rigorosas de natureza instrumental não sejam empecilho à efetivação de direitos em

juízo. Há uma visão do processo através de sua natureza instrumental e não como um fim em si mesmo. Se no caso concreto o juiz verifica que a sequência procedimental prevista em lei não atende às especificidades da causa no que tange ao direito material envolvido, deve adequá-la de modo a atender com eficiência aos escopos da jurisdição. Dentre os instrumentos utilizados pelo sistema processual civil português para atingir tal escopo estão a simplificação das peças processuais, o indeferimento de meios de provas inadequados, a aplicação de penalidades sancionatórias por abusos cometidos no uso de recursos manifestamente improcedentes e a aplicação da multa por litigância de má-fé, por violação dos deveres de boa-fé, com aplicação de multa superior à simples taxa sancionatória.

A adaptabilidade decorre do devido processo legal, o qual, informa toda legislação infra constitucional. Nesse espectro, o “*due process of law*”, constitui o princípio a que se subordina toda a legalidade de procedimento, além do que, dele emana os requisitos para que se opere a adaptação. Sobre essa dimensão do devido processo legal observado em rito procedimental, calha-se a faveleta o escólio de Ada Pellegrini Grinover (1973, p.16):

No *due process of law*, o elemento a que se subordina toda a legalidade de procedimento é a efetiva possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou limitação das provas.

Não se pode deixar de olvidar que as garantias inerentes ao devido processo legal, além de atuarem de forma imperativa perante o legislador que inaugura as regras do processo civil através das leis, de igual forma, atuam incisivamente e de forma vinculante em relação aos intérpretes da lei a exemplo dos magistrados. Dentro desta perspectiva, o Juiz no Estado Democrático de Direito não pode ser o mero aplicador da lei, porque, de fato, constitui o verdadeiro provedor da justiça, estando assim, vinculado à cláusula do devido processo legal, que o direciona na condução dos processos. Com efeito, além de ter a sua disposição amplos poderes coativos instrutórios do processo para fazer executar a obrigação, o juiz deve procurar sempre o escopo final do devido processo legal, que é a pacificação do conflito com justiça (TAKOI, 2009, p. 292). Partindo desta perspectiva do protagonismo do magistrado para o fim de fazer cumprir os ditames do devido processo legal, reside a possibilidade de adaptação ritual com o fulcro, por exemplo, de restaurar a igualdade entre as partes.

É perceptível que a adaptabilidade procedimental constitui um braço do devido processo legal. Reforça Garjadoni (2008, p. 64) que a flexibilização é

compatível com a previsibilidade, a segurança jurídica e o devido processo legal. Nessa senda, Kazuo Watanabe (1987, p.93) aponta que o direito à cognição adequada à natureza da direito tutelado faz parte do conceito de devido processo legal, uma vez que o processo deve ostentar um procedimento adequado à realização plena de todos aqueles valores e princípios enunciados anteriormente, de modo que para tanto, adapta-se o procedimento se preciso for. Conclui o autor que esta razão pela qual, por meio do procedimento, faz-se a adoção das várias combinações de cognição, adaptando-se o procedimento as exigências do devido processo legal. Vejamos o que fala Watanabe (1987, p.94):

É por meio do procedimento que se faz a adoção das várias combinações de cognição, criando-se, assim, tipos diferentes de processo que, dizendo respeito ao procedimento adequado, atendem as exigências das pretensões materiais. E os limites para a concepção dessas várias formas são estabelecidos pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.

O direito a cognição adequada emana do devido processo legal. Assim sendo, diante de um déficit legislativo quanto a um procedimento, o magistrado, afim de atender os ditames do “*due process*” assumiria o protagonismo amoldando o referido procedimento às exigências do Estado Constitucional. Por esse ângulo, leciona Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2005, p.55):

(...) o processo deve ostentar um procedimento adequado à realização plena de todos aqueles valores e princípios enunciados anteriormente. É por meio do procedimento que se faz a adoção das várias combinações de cognição, criando-se, assim, tipos diferentes de processo que, dizendo respeito ao procedimento adequado, atendem as exigências das pretensões materiais. E os limites para a concepção dessas várias formas são estabelecidos pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.

Para melhor compreensão e aplicação da adaptabilidade, inaugura-se o estudo sob a dimensão principiológica. Didier Jr (2015, p. 113) ensina que, da cláusula do devido processo legal, são corolários todos os princípios que regem o Direito Processual, inclusive o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante uma tutela adequada à realidade do direito material e, por isso, defende que, do princípio da inafastabilidade de jurisdição, extrai-se o princípio da adequação que pode ser compreendido em três dimensões: legislativa, jurisdicional e negocial.

Didier Jr. (2015, p.114). explica que:

o princípio da adequação legislativa funciona como vetor, norte informador da produção legislativa das regras processuais; o princípio da adequação jurisdicional revela-se no caso concreto levado à apreciação jurisdicional, quando o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é

submetida; e, o princípio da adequação negocial deriva de convenções celebradas pelas partes, permitindo o procedimento se amoldar a uma nova formatação.

Francisco Baleotti (2012, p. 389) também esclarece que a garantia do devido processo de direito não se resume à aplicação estrita da lei, pelo contrário, impõe a sua flexibilização sempre que o rito legal frustrar a efetividade da tutela jurisdicional:

Ora, diante de tais ponderações, resta claro que enclausurar o juiz dentro daquele figurino legal a que antes referimos mais ofende ao princípio do devido processo legal do que significa respeito a ele; ao contrário, o respeito a tal garantia desborda o simples respeito à legalidade instituída pela norma processual constitucional e infraconstitucional, materializa-se na formatação do procedimento, segundo moldes que garantam a efetivação da promessa de acesso à Justiça e ao serviço jurisdicional.

Pontuam Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p. 405) que não há, pois, óbice que o legislador crie diferentes procedimentos para que o exercício da função jurisdicional melhor possa atender o direito à tutela jurisdicional. Porém, o procedimento deve traduzir uma estrutura na qual as partes possam exercer seus direitos fundamentais de defesa. Na hipótese, o legislador venha a intervir na área de proteção de algum direito fundamental que compõe o devido processo legal, essa intervenção poderá importar em uma afronta à Constituição caso não esteja rigorosa e proporcionalmente justificada. É nessa perspectiva que o devido processo legal salvaguardar um protagonismo do julgador em engenhar uma regra processual adequada operando a adequação *in concreto*. Exatamente nessa esteira, leciona Garcia Redondo (2013, p.106):

Caso o rito predisposto pelo legislador seja insuficiente (ineficiente, inefetivo ou inadequado) para um caso concreto, excepcional, o devido processo de direito passa a exigir o contrário do que usualmente orienta: a inobservância do rito geral e a criação de um procedimento especial, flexibilizado *in concreto*.

Conforme lições de Fredie Didier Jr. (2017, p. 113): “o processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal.”

Nessa esteira, Wambier (2013, p. 3), o princípio da eficiência se revela, claramente, como um relevante fundamento da adequação procedimental. Para que seja possível uma gestão eficiente do processo é vital admitir que juiz e partes possam alterar o procedimento. Afinal, somente com a construção de um rito, que, no caso concreto, se mostre como o mais adequado às peculiaridades do caso e às necessidades do direito material, é que será viável a prestação de tutela jurisdicional

de forma efetiva.

A adequação do rito processual é, portanto, também consequência do devido processo de direito. Em última análise, apenas por meio de um processo adequado delimitado pelo legislador ou adaptado na prática pelo juiz ou pelas partes, é que o alcance da eficácia da proteção judicial poderá ser atingido (GARCIA REDONDO, 2014, p. 09).

Por último, é mister analisar que a adaptabilidade judicial do procedimento, à guisa do devido processo legal é perceptível a partir do estudo da evolução do próprio constitucionalismo. Dessa forma, no atual e diversificado cenário pós-positivista, onde o constitucionalismo contemporâneo floresce, o direito já não pode ser limitado à estrita legalidade, assim como a ideia de jurisdição não pode se resumir a uma simples declaração do direito (ARAUJO, 2020, p.224).

A partir da cláusula do devido processo legal, reforçada dentro do contexto de constitucionalização do processo, resulta, aos olhos de Renata Araújo (2020, p. 225), uma ligação entre a proteção dos direitos e a técnica processual voltada para esse propósito. As estratégias processuais devem ser adequadas e eficientes para a concretização do direito substantivo, uma questão que tem recebido atenção dos estudiosos do processo civil. Isso tem levado a um enfoque na ideia de que as regras processuais devem ser preenchidas com conteúdo axiológico, ser flexíveis e adaptáveis ao caso concreto, a fim de harmonizarem-se com os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Disso se extrai a relação que existe entre direito à tutela efetiva e técnica processual e procedimental. Como assinala Marinoni (2019, p. 113): “trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais.”

Segundo Ovidio Batista da Silva (2007, p. 126), a ideia de reconhecimento de um direito a um procedimento adequado foi impulsada, principalmente, pelos estudos de Andrea Proto Pisani na década de 1970. Esses estudos se concentraram no movimento conhecido como “tutela diferenciada”, que buscava a proteção jurídica dos direitos substantivos por meio de modelos processuais alternativos ao procedimento judicial universal, ordinário e comum. A premissa fundamental era a de que não existe um único sistema jurisdicional ideal para todas as situações. Isso representou uma mudança de paradigma em relação à tradição racionalista do direito processual romano-canônico, que considerava a “*actio*” romana como

instrumento de segurança jurídica.

Ensina Renata Araújo (2020, p.228) que o discurso constitucional ser legitimador da flexibilização procedimental:

No Estado Constitucional Democrático, a efetividade da tutela jurisdicional tornou-se o norte e o vetor da prestação jurisdicional, o que implica técnicas procedimentais adequadas às tutelas pretendidas no plano do direito material, às particularidades do caso concreto e aos valores constitucionais. E, nesse sentido, o discurso constitucional torna-se legitimador da flexibilização procedimental, pois se o processo deve dotar-se de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo, a adequação procedimental tem como corolário lógico-jurídico a elasticidade processual.

Devido processo legal não se restringe à mera garantia de legalidade, mas antes, implica atendimento às exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais consagrados no texto constitucional brasileiro, o que abrange o direito a um procedimento adequado (ARAÚJO, 2020, p. 239).

É como afirma Humberto Ávila (2006, p. 97), referindo ao devido processo legal, do qual, é preciso lembrar, se extrai o princípio da adequação o plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função interativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras.

É mister pontuar que os doutrinadores portugueses, a exemplo de Miguel Teixeira de Sousa (2013, p.12) fazem a correspondência da adequação formal com o devido processo legal, usando a expressão “processo equitativo” para designar este último.

É um dever do magistrado, inerente ao devido processo legal, ou seja, observar que a regra processual naquele caso é uma regra inadequada, então ele afasta a regra processual e constroa uma regra processual adequada. Assim, o direito da ação teria que ser compreendido como direito da ação adequada, uma ação adequada exige a construção de um procedimento adequado. Nesse diapasão, partindo do pressuposto de que há uma dimensão do devido processo legal fundamental, de que se impõe que o processo para ser devido deve ser adequado. Portanto, a adequação é um sub princípio do devido processo legal, mais especificamente, da sua dimensão procedimental.

## **2 DA TEORIA GERAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL ESUA CONTEXTUALIZAÇÃO COM O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

### **2.1 ENSAIO ACERCA DA TEORIA GERAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL: DA INVESTIGAÇÃO DO FENÔMENO FORMALISTA ÀS IDEIAS INICIAIS DA ADEQUAÇÃO FORMAL**

A teoria geral da adequação formal emerge das reformas do Código de Processo português operadas em meado da década de noventa. Para se adentrar no tema é mister trazer, *a priori*, toda a perscrutação acerca da fenomenologia formalista.

Sendo assim, antes de investigar o fenômeno formalista, que inclui as possibilidades de direção do processo e adequação formal, é necessário fazer uma breve análise e delimitação conceitual dos fenômenos centrais da teoria processual, que são os fundamentos do formalismo processual. Nessa vereda, propõe-se discutir um dos elementos centrais do procedimento, que é a forma, tanto em seu sentido singular quanto agregada ao formalismo. Este último termo denota uma construção teórica enfocada em aspectos formais do procedimento (GALINDO, 2022, p.67).

O formalismo, na acepção aqui pretendida, está relacionado não apenas ao conceito de processo, mas, de maneira ainda mais ampla, à própria idéia de ordenamento jurídico. O direito, entre várias perspectivas, sempre foi um instrumento de contenção de poder; um elemento de estruturação e controle social. Em outras palavras, o direito sempre esteve ligado à noção de ordem, estabilidade e, conseqüentemente, forma (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 91).

Provém de Chiovenda (1925, p. 26), uma das mais antigas tentativas de delimitação conceitual. Distingue referido o autor as formas em sentido estrito, as quais corresponderiam às condições de lugar, tempo e meios de expressão dos atos processuais, das formas em sentido amplo, que consistiriam. Prossegue: *“las mismas actividades necesarias em el proceso, em cuanto que, estando dirigidas a la actuación de um derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la substancia”*.

Oliveira (2010, p. 28) propõe uma ideia no sentido de que formalismo abrange muito mais do que os elementos meramente formais, externos, incluindo a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos envolvidos no processo, a coordenação de suas atividades e a organização do procedimento com o objetivo de atingir as finalidades do processo. Acrescenta-se que o excesso de formalidade e sua prevalência sobre o conteúdo, considerado prejudicial e contraproducente, deve ser chamado de formalismo excessivo.

Na ótica de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010, p.28) o mister do formalismo, portanto, é indicar os limites para o início e o fim do processo, e estabelecer dentro de quais limites as pessoas envolvidas no processo devem cooperar e agir para seu desenvolvimento.

Os sistemas procedimentais classificados em grau de rigidez e flexibilidade estabelecido pela lei, e o modo de proceder a flexibilização do procedimento. Nesse prumo, a classificação se daria da seguinte forma (GALINDO, 2022, p.87):

- a) Sistema de legalidade dos procedimentos, nos moldes tradicionais, no qual o modo como as atividades que levam ao pronunciamento final do tribunal são determinadas por lei. Os atos e sua seqüência não podem ser realizados de maneira isolada e na ordem que pareça mais apropriada ao critério discricionário dos participantes. A classificação continua relevante ao considerar a necessidade de comparação histórica para melhor compreensão dos sistemas modernos, embora não exista mais de forma pura, devido às possibilidades de flexibilização formal decorrentes, pelo menos, da relatividade das nulidades na maioria dos sistemas atuais.
- b) Sistema da legalidade temperada das formas processuais, prevalecente na grande maioria dos ordenamentos, nos quais a lei estabelece previamente o



modo de ser do ato e a sequência dos atos do procedimento, admitida a modificação formal por ato do juiz e/ou das partes, observados certos requisitos e limites, em atenção às necessidades concretas da causa e ao incremento dos valores eficiência, celeridade e justiça.

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

Com base na classificação adotada, é possível, voltando da teoria ao caso concreto, afirmar que o sistema jurídico português se enquadra entre aqueles com um sistema de legalidade das formas suavizada. Não seria correto rotular o procedimento português como vinculado à legalidade das formas nesta fase de evolução dos estudos processuais. Um sistema que prevê amplos poderes de adaptação e gestão é flexível demais para estar alinhado com a ideia de um modelo baseado em formas legais (GALINDO, 2022, p.88).

O processo tem como objetivo tornar realidade a jurisdição, compreendida como a função estatal que busca resolver conflitos de forma obrigatória, agindo por meio da aplicação do direito em situações concretas. O processo existe para viabilizar a jurisdição, e sua legitimidade advém de sua função instrumental (GALINDO, 2022, p. 92).

Disserta Dinamarco (1994, p. 149) que o processo, que como instrumento é meio, apenas se legitima quando apto a realizar os fins aos quais se destina. A análise da aptidão do instrumento para a realização de determinados fins inevitavelmente remete a investigação para o conceito de adequação falar de aptidão implica necessariamente em adequação de um meio para o alcance de um fim.

Nessa senda, vaticina Andrian Galindo (2022, p. 93) que a adequação, por conseguinte, surge como ideia central e subjacente elementar do conceito instrumentalista de processo, vinculada à perspectiva jurídico-política de legitimidade. A parte tem direito não só ao processo visto como instrumento para provocação de ato estatal, direito de ação, mas além disso tem direito a processo estruturado em procedimento adequado à tutela do direito material invocado.

Do exposto, surge o princípio da adequação, que indica a sistemática imposição de obrigações ao legislador para a criação de modelos procedimentais

capazes de garantir plenamente e prontamente os direitos (GAJARDONI, 2008, p. 134).

Prioritariamente, dirige-se ao legislador, pois o estabelecimento de caminhos procedimentais pela via democrática e segura da lei é preferível. Não obstante, secundariamente também se manifesta para designar atividade do juiz e das partes, estas isoladamente ou em conjunto como o juiz, dirigida à flexibilização do procedimento que, embora previsto em lei, não se revele no caso concreto mais apto à solução da causa de modo justo e célere (GALINDO, 2022, p.98).

De acordo com Didier Jr. (2015, p.114) o princípio da adequação pode ser visualizado em três dimensões. A primeira denomina-se dimensão legislativa, tem cunho abstrato, dirige-se ao legislador e norteia a produção legislativa de normas de cunho processual. A construção de caminhos procedimentais adequados é tarefa prioritariamente do legislador, conforme já assinalado, e apenas em caráter secundário do juiz e das partes.

No sistema de adequação judicial legal alternativa várias opções procedimentais são previstas na lei, à disposição do juiz competindo ao magistrado a eleição da mais adaptada ao caso concreto, respeitado o direito de contraditório-influência das partes, as quais deverão, em regra, ser ouvidas previamente. As possibilidades abertas ao juiz são restritas, pois as variantes possíveis são traçadas abstratamente pelo legislador (GAJARDONI, 2008, p. 158).

Embora não haja qualquer previsão legal referente à possibilidade de o juiz adaptar o procedimento, o reconhecimento de um sistema de adaptação judicial baseado no princípio do processo equitativo decorre da atual conformação desse princípio. Com o intuito de capacitar o juiz a cumprir a promessa constitucional de fornecer tutela material adequada, e em linha com os princípios constitucionais de eficiência, processo equitativo e acesso à justiça, reconhece-se a existência e força normativa do princípio da adequação formal judicial, embora implícito. Ao lado desse princípio, surge a cláusula geral de adequação formal judicial como uma regra operacional, que autoriza o juiz a fazer alterações nos procedimentos, seguindo a adequação legal genérica, sempre que necessário para garantir a concessão de uma tutela justa e tempestiva (GALINDO, 2022, p.91).

Leciona Paulo Cunha (2015, p.27) que quando a lei permite às partes, mediante acordo de vontades, alterar forma ou sequência de atos processuais, de forma restrita, adequações típicas, ou ampla, adequação atípicas com fundamento

em cláusula geral, mesmo que em caráter excepcional e sujeito a condicionamentos, se reconhece um sistema de adequação negocial.

Rememora Lebre de Freitas (2013, p.172) que o ordenamento português contempla desde o CPC de 1995 cláusula de adequação formal legal genérica, antigo art. 265º-A, atual art. 547º, é por isso despendendo, em perspectiva prática, lançar mão de princípio constitucional. Lado outro, existem diversas normas autorizativas de acordo procedimentais entre as partes, bem como ferramentas específicas para adequação judicial. Seguindo esse raciocínio, destaca Paula Costa Silva (2019, p. 173) que em Portugal, portanto, vigora um sistema em que se destaca poderosa cláusula de adequação formal legal genérica, temperada por ferramentas específicas de adequação judicial e negocial, esta última apenas na forma típica.

No ordenamento brasileiro, diversamente, não há cláusula geral de adequação judicial legal genérica. Previsão neste sentido, constante do projeto original do novo CPC foi mitigada, quiçá descaracterizada, no texto final, a despeito do apoio da mais abalizada doutrina. Prevalece a doutrina brasileira o reconhecimento da existência de cláusula geral de adequação formal judicial extraída diretamente do texto constitucional (GALINDO, 2022, p.100). Ou seja, na ótica de Andrian Galindo (2022, p.100) admite-se vigorar no Brasil ferramenta típica do sistema de adequação principiológica.

Vaticina Andrian Galindo (2022, p.103) que partir do presente texto legal, ou seja, do artigo 547 do Código Português, é enunciado o conceito de adequação formal judicial adotado nesta investigação. Trata-se de um princípio que estabelece um estado ideal a ser alcançado, mas também de uma regra estruturada como cláusula geral. Essa regra consiste no poder-dever do juiz para conformar o procedimento de acordo com as especificidades da causa, adaptando o conteúdo, forma e sequência dos atos processuais às finalidades do processo, garantindo assim um processo equitativo.

A adequação formal judicial tem sido tratada com profundidade pela doutrina brasileira, e com diversas denominações. A preferência parece fincar na expressão princípio da adaptabilidade do procedimento (BEDAQUE, 2006, p. 60). Contudo, há quem prefira princípio da adequação formal do procedimento (MACEDO; PEIXOTO, 2014, p. 56), poderes na adaptação do procedimento, e ainda se identificam na doutrina referências a princípio da elasticidade processual. Além disso, se mostra

corrente na doutrina a expressão flexibilização procedimental como técnica para ajustado procedimento às necessidades da causa (CABRAL, 2010, p. 135-164).

Conforme previamente estabelecido, a cada um dos sistemas de adaptabilidade correspondem ferramentas necessárias e suficientes para a realização do poder-obrigação de ajuste. Cabe ao juiz, portanto, utilizar os instrumentos necessários para moldar o procedimento de acordo com os poderes-obrigações conferidos pelo sistema legal: instrumentos de adequação formal legalmente estabelecidos de forma completa e específica, adequação formal legal alternativa, instrumentos de conformidade formal previstos de forma genérica, para o conjunto do sistema processual ou para algum dos seus subsistemas, adequação formal legal genérica, instrumentos de adequação formal autorizados de forma genérica por princípio constitucional não dependente de concretização legal, adequação formal judicial baseada em princípios, e instrumentos para adequação do procedimento por meio de acordo com as partes, adequação formal negociada (GALINDO, 2022, p.103).

## 2.2 CONTORNOS DA ADEQUAÇÃO FORMAL: NATUREZA JURÍDICA, DELIMITAÇÃO

Segundo Didier Jr (2001, p.237) a adequação formal do procedimento significa adequar-se o processo ao seu objeto, tanto no âmbito pré-jurídico, legislativo, abstrato, com a criação de procedimentos apropriados com o direito material, como no plano do caso concreto, processual, permitindo-se ao magistrado, desde que previamente, alterar o procedimento conforme às exigências da causa.

O primeiro ponto a ser destacado seria investigar se a adequação formal seria um poder ou dever do magistrado, seja *in concreto*, no caso da adequação judicial, seja a adequação judicial por comando legal genérico. Em seguida, resta imperiosa a imersão doutrinária quanto a natureza jurídica.

Feitas as considerações iniciais sobre desdobramentos do devido processo legal, principalmente, sob o ângulo procedimental, o corolário da adaptação processual merece destaque. Partindo desse raciocínio, deflagra-se o debate acerca da conceituação e natureza jurídica da adequação formal. Nesse contexto, Luís Correia de Mendonça (2009, p.234) indaga se será mesmo a adequação formal um

conceito indeterminado e se este conceito se diferencia de um princípio ou de uma cláusula geral. Prossegue o autor inferindo que o direito processual português cataloga a adequação formal no art. 547 do Código de Processo Civil pertinente, e, o mesmo pretendo demonstrar que a norma contida no art. 547º não é nem um princípio, nem um conceito indeterminado; é uma cláusula geral. Nestes termos vaticina o autor:

A adequação só poderia confundir-se com um princípio se se atribuísse significado distintivo à característica da indeterminação, comum a ambos os casos. mas como já vimos, não há normas absolutamente vagas nem normas absolutamente precisas.

(...) e uma outra é ao invés referir-se a uma outra norma para a justificar. e a mim parece-me que só este último caso diz respeito aos princípios.

A adequação formal não tem qualquer função justificativa e não é uma norma abstracta sobre outra norma abstracta. quando muito é uma norma abstracta sobre uma norma concreta: a criada pelo juiz para o caso sujeito. de outro ponto de vista, as cláusulas gerais não são princípios se com tal termo se quiser aludir às normas-base do sistema, ou de uma parte deste, que são as que permitem que o sistema possa subsistir como ordenamento efectivo das relações de vida de uma determinada sociedade; não são princípios se se quiser mencionar as normas-guia, entendidas no sentido em que indicam a orientação ético-política em que determinado sistema se insere, servindo assim para o caracterizar do ponto de vista ideológico. Não creio que haja dificuldade em perceber que a norma do art. 547.º não constitui fundamento de um conjunto de normas (quando muito de uma outra norma) nem qualquer trave-mestra onde se apoiem outras normas. Admitindo que não é um princípio, a norma do art. 547.º também não pode considerar-se um conceito indeterminado.

Voltando ao artigo 547 do Código de Processo Civil Português, o qual instaura uma norma de flexibilização geral genérica dirigida o magistrado para adaptabilidade, é mister trazer à baila as considerações formuladas por Andrian Garcia (2022, p.154) a despeito da natureza jurídica do referido comando. Nessa trilha, leciona que se trata de norma principiológica, mas também de cláusula geral. Segundo o autor, a identificação do princípio deriva da estrutura do texto, haja vista que estabelece uma correspondência da conformação do procedimento as necessidades da causa. De outro giro, menciona o autor que também se evidencia a possibilidade de extração de uma cláusula geral, ou seja, uma regra de textura aberta haja vista que a lei não dispõe com precisão nem o efeito jurídico, nem hipótese fática transferindo ao magistrado o mister de promoção da concreção da norma.

Analisada a natureza jurídica da adequação formal, passa-se a investigar a natureza da atuação judicial adaptativa, ou seja, se representaria um poder dever, dever-poder, poder-dever e de natureza discricionária ou vinculada.

No que tange à primeira questão para desate, entende Andrian Galindo (2022, p.169) que a atividade de adequação formal se opera como poder-dever do magistrado, em outras palavras, ensina o autor que reúne, ao mesmo tempo, o poder de adaptar o procedimento e o dever de viabilizar essa medida com afã de engharum caminho processualcompetentea compor a lide de forma efetiva, justa e rápida.

Quanto a discricionariiedade e vinculação, observa Paulo Faria (2009, p.50) que na doutrina portuguesa existe entendimento de se tratar de dever vinculado, porém o mesmo autor entende que não se limita o juiz a manifestar-se num único momento previsto em lei, muito menos em um único sentido ou forma, de modo que trata-se de um poder-dever discricionário.

### 2.3 DA TIPOLOGIA FLEXIBILIZATÓRIA E LIMITES DE APLICAÇÃO

São três os sistemas de flexibilização procedimental originariamente, essa construção foi proposta por Fernando Garjadoni (2007, p.78).

O primeiro deles é o da flexibilização por força da lei, flexibilização legal. De fato, disposição legal pode autorizar o juiz a proceder a adaptação do procedimento à causa.

Esta autorização pode ser incondicionada, como o fez o legislador português no artigo 547 do Código de Processo luso, caso em que a norma deixa, a critério do magistrado, a variação procedimental adaptadora, sem indicá-la expressamente, inclusive com a possibilidade do juiz, combinar procedimento já existentes, flexibilização legal genérica; ou pode o legislador prever tramitações alternativas para a causa, casos em que o juiz, conforme as opções antecipadamente previstas na legislação, elege o rito ou a combinação que pareça ser mais adequada para a tutelado caso em concreto, não podendo, todavia, escolher outra fora do rol legal, ou seja, flexibilização legal alternativa.

Um segundo sistema é o da flexibilização procedimental judicial, ou seja, ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competiria ao juiz, à luz do princípio da adaptabilidade, com base nas variantes do caso em concreto, objetivas e subjetivas, modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo. Segundo Didier Jr (2001, p.532), na referida modalidade flexibilizatória, o

magistrado pode afastar a regra processual deficiente e construir uma regra nova em consonância com o devido processo legal.

O terceiro sistema seria o da flexibilização voluntária das regras de procedimento no âmbito das partes, o que, no atual código de processo civil pátrio, corresponde ao art. 190, ou seja, o negócio jurídico processual. Quanto a flexibilização voluntária das regras de procedimento é, segundo Nascimento (2019, p. 32):

caracterizado pela possibilidade de as partes elegerem os procedimentos ou atos processuais desde que respeitados os ditames constitucionais e legais”, porém, também de maneira condicionada, com o intuito de não acabar por produzir eventual prejuízo a alguma parte.

Na mesma toada, explica Fredie Didier Jr (2021,p.116) o princípio da adequação pode ser visualizado em três dimensões:

a) legislativa, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; c) negocial: o procedimento é adequado pelas próprias partes, negocialmente. No segundo e no terceiro casos, a adequação é feita *in concreto*, em um determinado processo; há quem prefira, assim, designar o fenômeno de adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo. Trocando em miúdos o entendimento do autor, o termo adaptabilidade, elasticidade ou flexibilidade são usados para designar toda e qualquer adequação *in concreto*, a qual só pode ser efetuada voluntariamente pelas partes, ou judicialmente.

A ideia de que a flexibilização procedimental é sistema ilimitado e aberto de regras é equivocado. Primeiramente, a base para a adaptabilidade procedimental emana do devido processo legal, e, para tanto, o amoldamento ritual pelo magistrado deve esta harmonizado com os ditames constitucionais.

Cuida-se de flexibilizar a rigidez do processo, sem perder a segurança jurídica e a previsibilidade. O risco de comprometimento da segurança é, aliás, preocupação de Alvaro de Oliveira (2008, p.13):

A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo que se pretende alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e nada obstante complementares. Com efeito, os valores se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, nos demais. O mundo da cultura é sempre um mundo solidário, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido. O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança, em

suma). Estou falando de adequação, que nessa perspectiva constitui um conceito básico.

Nesse contexto, Oliveira (2008, p.11) define adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis. Mas, ainda com a possibilidade expressa e legal de flexibilização do procedimento, o modelo de rigidez formal subsiste.

É mister ressaltar que há limites à flexibilização. Zufelato (2015, p. 245) aponta o contraditório, a motivação racional das decisões como componentes limitadores da flexibilização; Oliveira (2013, p.123) menciona a preclusão processual como um deles; e Gajardoni (2008, p.25) apresenta os chamados critérios para a flexibilização do rito, consoante a seguir examinados.

Assim, adverte Gajardoni (2008, p.87) que a flexibilização não pode ser implementada de forma desmedida, sob pena de se instaurar um processo inseguro. Por isso, elenca critérios a serem observados previamente para a flexibilização procedimental. São eles: finalidade, contraditório útil e motivação.

A condução ativa do procedimento pelo magistrado deve se ater a limites estabelecidos pelo sistema jurídico. Este critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual, ou seja, finalidade, na participação das partes da decisão flexibilizadora, contraditório, e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo ou seja, motivação (GARJADONI, 2013, p.1129).

A primeira limitação atinente a finalidade pode ser compreendida em primeiro momento, a questão referente a correspondência e adequação ao direito material tutelado, a segunda relacionada com a rigidez e utilidade dos procedimentos (BEDAQUE, 2010, p. 423).

Dentro desta perspectiva, para Gajardoni (2008, p.87), três situações mais específicas autorizarão a variação. São elas:

(i) toda vez que a forma legal pré-estabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito material vindicado; (ii) quando for necessária a dispensa de algumas formalidades legais por se revelarem excessivas ao rito procedimental; e (iii) toda vez que a técnica procedimental não se adequar à(s) condição(ões) da(s) parte(s) litigante(s)

Com relação a primeira situação descrita por Gajardoni (2008, p.87), observa-se o instrumento predisposto pelo sistema jurídico não é eficazmente apto para a tutela do direito reclamado, o que pode ser identificado no déficit normativo. Em um



segundo momento, pontua o autor a situação da dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do itinerário procedimental, em outras palavras, o julgador constate a sua ilogicidade, deve desprezá-la, mencionando, a título de amostragem, a possibilidade de inversão da ordem de produção de prova. O terceiro ponto levantado pelo autor, é o que Galeano Lacerda (2018, p. 251) identifica como adequação subjetiva. Ou seja, é a qualidade do sujeito e a sua necessidade no processo que justifica a variação do rito procedimental a fim de efetivar-se a tutela jurisdicional.

A segunda limitação à flexibilização procedimental é o respeito ao princípio do contraditório, não se restringindo a sua dimensão formal, mas também ao contraditório substancial e participativo (GRECO, 2015, p.75). Nas palavras de Fernando Gajardoni (2008, p. 88), seria mais apropriado a denominação de contraditório útil que nada mais seria senão, análise tanto sob o ponto de vista formal, quanto material.

Imergindo no contraditório útil, faz-se mister trazer a ribalta a lição de Guilherme Oliveira (2013, p. 119) observa a garantia do exercício do contraditório por meio de duas circunstâncias:

- (i) a submissão prévia ao debate da intenção prévia do juiz de modificar o procedimento e a forma pela qual pretende fazê-lo; e (ii) a não supressão de atos que caracterizem o exercício do contraditório.

O último requisito é a necessidade de fundamentar a decisão que altera o rito processual, condição esta que está embasada no princípio da motivação das decisões judiciais, que norteiam os pilares erigidos pelo magistrado para a variação ritual. Nesse sentido, Câmara (2013, p. 55): “Trata-se de regra constitucional responsável por afirmar que toda decisão judicial será motivada, sob pena de nulidade.”

Ainda no tocante aos limites da flexibilização, leciona Fredie Didier Jr (2001, p. 532) quedado que se trata de uma alteração da rota originalmente planejada, o juiz sempre deve informar previamente às partes sobre sua intenção, a fim de garantir a integridade do contraditório; só com o anúncio prévio os litigantes podem agir processualmente de acordo com as novas regras. Considerar o contrário seria permitir surpresas processuais, em violação direta aos princípios da honestidade e da colaboração.

## 2.4 MODELOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

### 2.4.1 Inglaterra

Leciona Bruna Passos (2015, p.44) que a proposta, inicialmente, apresentada pelo modelo inglês, assemelhava-se inicialmente, a flexibilização voluntária procedimental, ou seja, com ampla participação das partes na condução do processo. Explica que o era adotado o sistema adversarial, a que se destaca como possuindo: “ampla participação das partes na determinação do procedimento e na instrução probatória, atrelado a uma atuação do Juiz mais inerte e sujeito à vontade dos particulares”.

Registra Francis Oliveira (2013, p.34), identificando que tal sistema imprime exagerada liberdade à vontade das partes para a condução processual, sem regras limitativas, gerou algumas consequências. Registra o autor a percepção de maior lentidão e mais gastos com despesas processuais. Diante desse contexto, o Parlamento inglês, no ano de 1999 resolveu instituir um Código de Processo Civil próprio.

Dentro dessa perspectiva Código de Processo Civil inglês, passou a contemplar o chamada de *case management*, a partir de sua introdução, retirou parte da ampla atribuição das partes em estabelecerem a condução dos autos e a produção de provas, ao giro que destacou a figura do juiz com uma posição gerencial com poder de direcionar o procedimento(GARJADONI, 2007, p.132).

### 2.4.2 Estados Unidos

No modelo estadunidense, segundo Gajardoni (2007, p.137) assemelha-se ao modelo inglês quanto ao “*case management*”, ou seja, a “*Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*” constitui, no âmbito federal, a fonte normativa principal quanto a marcha processual, destaca, dois pontos principais a que o referido autor faz alusão:

“busca da solução do conflito por via dos meios alternativos de resolução das controvérsias” e a “flexibilização judicial do procedimento, permitindo ao juiz que, junto às partes, previamente estipule as etapas do desenvolvimento do feito, gerenciando-o”, originando, a partir disto, diversas espécies de “cases” de acordo com as condições estabelecidas pelas cortes federais.

Nessa senda, pontua Passos (2015, p.48) descreve o poder de gerência

processual do magistrado evidenciando o modelo aplicado de “*case management*” nos Estados Unidos:

A experiência dos EUA não se limitou à alteração legislativa, mas construiu-se uma estrutura material para as cortes, que dispõem de recursos humanos devidamente treinados a operar em cooperação com o Poder Judiciário. Ao magistrado são conferidos amplos poderes na condução do processo, desvinculado de modelos rigidamente estabelecidos em lei, o chamado juiz gerencial, em substituição às partes.

Nos Estados Unidos, é o julgador a personagem fulcral no manejo procedimental que ele entender o mais adequado àquele processo casuisticamente. Garjadoni (2018, p. 287) tece considerações sobre:

Para os fins deste breve estudo, o que sobreleva notar é que o *Case Management* norte-americano parte do princípio que é dado ao magistrado e não mais exclusivamente às partes ou à lei, estabelecer qual a melhor rota a ser seguida para a solução da demanda. Seja utilizando-se dos procedimentos gerenciais reconhecidos pelo *Federal Judicial Center*, seja estabelecendo por si mesmo qual o melhor encaminhamento da causa (elaborando-se um plano próprio de condução do caso logo no início do processado), o fato é que não há vinculação do julgador a rígidos modelos estabelecidos pelas leis processuais. Até porque cada Corte estabelece quais são os ritos aplicáveis.

### 2.4.3 França

Frédérique Ferrand (2005, p. 7) destaca que, na França, a necessidade da flexibilização procedimental em decorrência das últimas reformas legislativas operadas, inclusive, com a elaboração do *Code Procedure Civile* de 1975 que vêm aumentando os poderes judiciais de condução do processo, o que influenciou inclusive as reformas inglesas.

Para tanto, registra Beatrice Ficarelli(2011, p. 34) foi criada, na legislação processual francesa, uma audiência inicial, audiência presidencial – art. 759 do código de processo francês, justamente para que o juiz, *juge de la mise en état*, tenha maior interação com as partes e defina os caminhos procedimentais.

### 2.4.4 Portugal

O modelo lusitano, o qual influenciou o sistema processual brasileiro, na esfera processual, destaca dois pontos, ou seja, o poder de gestão processual do magistrado e a adequação formal.

O destaque ao poder judicial de gerenciamento do processo e a possibilidade, conseqüente, de amoldamento procedimental, nos ensinamentos de Luis Mendonça

(2009, p.233), emergiu, inicialmente da necessidade de descongestionamento do número de processos nas cortes. Assim sendo, observância da flexibilização tem partida com a reforma do Código de Processo Civil português no ano de 1995, visando remoção de obstáculos considerados no caminho do acesso à justiça e à celeridade processual (FERNANDES, 2017, p. 18).

A exposição de motivos do Decreto-Lei nº 108/06 explica que o artigo acima transcrito é produto da junção de dois princípios constantes no Código de Processo Civil português: o princípio da adequação formal, que será aprofundado adiante, e o princípio da limitação dos atos. O primeiro princípio inspirador, princípio da adequação formal, expressamente positivado no art. 265º-A do Código de Processo Civil de Portugal, também representa uma regra de flexibilização do procedimento, pois autoriza o juiz determinar a prática dos atos que se ajustem mais ao fim do processo, assim como as necessárias adaptações. Diante do exposto, percebe-se a mitigação do sistema da legalidade das formas a partir do incremento dos poderes de gestão do magistrado (BODART, 2011, p.100).

Luis Correia de Mendonça (2009, p.234) destaca os balizadores desse poder-dever atribuído ao magistrado, que não significa, que não haja limites à gestão processual. Confira-se:

A circunstância de o juiz poder agora fazer tudo também em matéria de formas processuais não significa, bem entendido, que não haja limites à sua gestão processual. Os direitos à decisão da causa em prazo razoável e ao processo equitativo, acolhidos na Constituição (art.20º, n.4), nomeadamente no que respeita aos princípios do contraditório, da igualdade de armas, da imparcialidade, da economia processual e ao direito à fundamentação das decisões; o fim do processo e a natureza contenciosa da jurisdição constituirão exemplos desses limites.

Como se vê, Portugal, país que ocupa posição de vanguarda em matéria de flexibilização do procedimento, caminha no sentido de fortalecer ainda mais os poderes do juiz de gestão do procedimento (MENEZES, 2011, p.201).

## 2.5 A REALIDADE PROCESSUAL LUSITANA COMO BERÇO DA ADEQUAÇÃO FORMAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A atividade da adequação formal se apresenta no direito português como poder e dever do magistrado. Em outras palavras, o poder de adaptar o procedimento e o dever de realizar essa medida com afã de pavimentar um caminho processual hábil a integrar a lide de forma efetiva, justa e célere. Reporta-se a um

poder-dever discricionário de modo que confere ao magistrado uma extensa margem de decisão (GALINDO, 2022, p.169).

O artigo 265-A com a atual redação ao art. 547 do Código de Processo Civil português, estampa norma principiológica, o princípio da adequação formal. De outro giro, contempla cláusula geral considerando que o dispositivo não estabelece com precisão a hipótese fática, nemo efeito jurídico (GALINDO, 2022, p.169). Trata-se de adequação formal legal genérica, temperada por ferramentas específicas de adequação judicial e negocial, esta última apenas na forma típica (COSTA, 2019, p.173).

Assevera Luís Correia de Mendonça (2009, p. 234) que a adequação formal, hoje regulada no art. 547.º do código de processo civil, teve seu nascedouro no art. 265.º-A, do decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro. O art. 265-A do CPC português, que estampa o denominado princípio da adequação formal, tinha inicialmente a seguinte redação dada pelo Decreto-Lei 329-A: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado”.

Ainda sobre o contexto do itinerário de alterações na no Código de Processo Civil português, explana Fernando da Fonseca Garjadoni (2012, p. 6665) a ruptura a partir da inserção da adequação formal com o sistema processual até então vigente, haja vista que não permitia uma tramitação processual flexível apta a se adequar a uma realidade em constante mudança, descolada das velhas e ultrapassadas discussões doutrinárias.

Em Portugal, identificou-se um período liberal deflagrado com a edição do Código de Processo Civil de 1876, o qual ilustrava a figura de um juiz árbitro, sob o prisma da passividade e, praticamente, despido de poderes diretivos haja visto que a condução processual era dirigida pela vontade das partes. Com o advento do Decreto 12353/26, instaurou-se um período publicista, no qual foram atribuídos amplos poderes a um juiz ativo, poderes instrutórios e de direção processual. Com efeito, os referidos poderes ganharam força com as reformas operadas na década de 90.

Mais precisamente com a edição do Código Português de 1995, o qual apresenta um incremento dos poderes judiciais mediante a previsão de uma cláusula geral de adequação formal somado a incorporação do princípio da cooperação. O aumento dos poderes do Juiz veio com a consagração da adequação formal no

art.265-A. Sobre este permissivo legal, leciona Miguel Teixeira de Sousa (2013, p.11) que o magistrado teria o poder dever de alterar o trâmite legal do processo, prescindindo a prática de alguns atos impostos por lei, impondo a realização de outros não previstos e ainda modificando a forma e conteúdo destes. Lebre de Freitas (2013, p.172) registra que a adequação genérica esculpida no art. 265-A corresponde ao atual art. 547 do Código de Processo Civil Português.

Seguindo essa evolução legislativa, o Código de Processo Português de 2013 ampliou os poderes do juiz gestor, o qual representou incrementos foram o intuito de ampliação dos poderes de eficiência no caminho para a rápida e justa solução do litígio estampando a ideia-valor de gestão (GALINDO, 2022, p.169). Paulo Faria (2009, p.37) registra que a gestão era prevista por meio de “normas-ferramenta”. Vejamos:

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

O questionamento inicial quanto ao “*mens legis*” do enunciado normativo referente a adequação formal. Nesse contexto, significado do enunciado normativo afasta-nos da lógica tradicional da subsunção. De outro giro, o art. 547<sup>o</sup>, inverte aquela lógica subjuntiva. Nesse viés, leciona Luís Correia de Mendonça (2009, p.234):

não é a acção concreta que é subsumida no art. 547.<sup>o</sup>, é a constituição da forma adequada às peculiaridades da causa que serve de conteúdo e concretiza a norma legal. ou dito de outro modo: ao passo que no caso das regras casuísticas ordinárias há lugar, silogisticamente falando, a uma premissa maior constituída pela norma e uma premissa menor constituída pelo facto sujeito a julgamento, no caso do art. 547.<sup>o</sup> a ordem inverte-se, de tal modo que «a proposição normativa considerada oferece unicamente ao juiz um inicial ponto de referência (um *starting point*, como dizem os ingleses) de que partir para que logo lhe sirva de “presilha” (de *Aufhänger*, segundo expressão dos alemães) da regula iuris de formação judicial na base da qual o caso a julgar tenha a oportuna solução.

Prossegue Mendonça (2009, p.235) que o art. 547<sup>o</sup> preconiza a delegação ao juiz do poder dever de moldar a tramitação processual que melhor se adegue às especificidades da causa, tendo como esperado um processo equitativo. Casuisticamente, o presente raciocínio, desenvolver-se-ia da seguinte forma:

o juiz, a partir de uma norma que acolhe uma enunciação aberta, é convocado a participar na elaboração de uma norma adequada ao caso. Trocando em miúdos, o legislador confere ao juiz o poder de levar a cabo, com base em elementos externos à própria norma, o mister de criar a regra

concreta mediante a aplicação da qual pode solucionar o caso particular, reafirmando o contorno de cláusula geral à adequação formal.

Um ponto que deve ser enfrentado seria a existência ou não de limites à flexibilização processual de forma a adequar ao devido processo legal. Nesse prumo, inaugura esse debate Pedro Madeira de Brito reportando a Miguel Teixeira Souza (1997, p.31):

Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual ou a flexibilização judicial do procedimento), sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai nem quando ele vai acabar.

Na mesma toada, Luís Correia de Mendonça (2009, p. 249) refuta ainda a ideia de que admitir a adequação formal é, tolerar que cada juiz elabore seu *códex* processual, afrontando a isonomia das partes. Em outras palavras a variação ritual, pelo contrário deve homenagear a paridade das partes em litígio. Prossegue o autor:

isto com base em dois argumentos que me parecem decisivos: 1.º o dever de adequação incrementa a responsabilidade do juiz, que «tem não apenas de decidir a causa, como também de estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais». Acresce que há mecanismos de corrigir o erro judiciário.

Arremata Mendonça (2009, p.250), por outro lado a liberdade construtiva do magistrado diante da flexibilidade processual visando assegurar um processo justo. Em outras palavras, o juiz não está sujeito, na concretização do art. 547º, a qualquer tramitação preestabelecida, podendo engenhar a tramitação que entenda que, perante o contexto fático, os ditames de um processo equitativo, melhor se adegue à demanda em concreto. mas tal não exclui que adegue aquela tramitação.

Como refere Teixeira de Sousa (2013, p.11), as hipóteses de manejo do poder de adequação formais são várias, quer no âmbito mais denso de substituição da tramitação legal, quer no mais restrito de mera adaptação dessa tramitação. Com efeito, o poder de adequação formal autoriza a construção de uma tramitação alternativa para o processo, engenhando quer um processo mais complexo, quer um processo com características de sumariedade ou até mesmo de urgência, mas também possibilita a mera adaptação de alguns contornos da tramitação legal. Destaca o autor a figura do juiz-gestor, como protagonista da gestão processual.

Outro horizonte que merece ser analisado a partir da adequação formal seria se só apenas o magistrado seria detentor do poder de determinação das formas de processo. João de Castro Mendes (1997, p.40) assevera que a realidade da legislação processual portuguesa, berço da adequação formal, não permite que sejam as partes estipular as formas judiciais. Explica Mendes (1997, p.40) o sistema português trata de uma combinação de processo rígido, no qual a sequência de atos é determinada por lei, e de processo flexível, no qual essa sequência é determinada pelo juiz. No entanto, diante de uma frequente desvalorização formalista do processo, oscilamos entre o sistema da legalidade e da liberdade. Ainda sobre o tema, introduziu, com efeito, o novo princípio da adequação formal vem romper com o rigoroso regime da legalidade das formas processuais (REGO, 2004, p.261). Através dele, se a tramitação prevista na lei não se adequar ao fim do processo, almeja-se remover um obstáculo ao acesso à justiça em atendimento à natureza instrumental da forma do processo. Conferem-se, portanto, os correspondentes poderes ao juiz para adaptar o itinerário processual às peculiaridades da causa, rearranjando os atos processuais a serem praticados no iter, inclusive com a ordenação da prática de ato não previsto ou a dispensa de ato inútil previsto, ou ainda com a alteração da ordem dos atos regidos em lei (BRITO; SOUZA, 1997, p.35). Dentro desta mesma ideia basilar de prevenir que regras de índole, especificamente, procedimental possam tolher ou criar dificuldades intransponíveis à plena efetivação dos fins do processo, flexibilizando-se ou eliminando rígidos colete, de índole formal suscetíveis de dificultarem, em termos excessivos e desarrazoado, a efetivação em juízo dos direitos (GARJADONI, 2012, p. 6665).

Por último, analisando a doutrina lusitana quanto aos estudos propedêuticos da adequação judicial do procedimento, é mister ressaltar que, transportando para a realidade processualística brasileira, merece algumas observações, de forma que, flexibilização e gestão processual sejam compreendidas como técnicas diferentes. Nesse diapasão, vaticina que, Camilo Zufelato (2015, p. 245) são mecanismos distintos de ajustamento do processo. Flexibilização relaciona-se à ideia de alterações, adaptações ou até mesmo criações de modelos procedimentais previamente estabelecidos em lei; enquanto gestão procedimental cinge-se ao gerenciamento planejado de feitos, valorização da atividade cartorária, ultrapassando a flexibilização de rito processual.



## 2.6 DA LEGALIDADE DAS FORMAS À FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: ABORDAGEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DE GALENO LACERDA, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA E FERNANDO GAJARDONI

No que diz respeito à sequência formal dos procedimentos no processo, o modelo de procedimento de um sistema varia conforme o nível de flexibilidade na aplicação das regras ao caso específico. Isso está associado à liberdade, ou ausência dela, das partes e do juiz para alterar essas regras, se desviando do modelo legal estabelecido. Além disso, o regime preclusivo pode apresentar mais ou menos rigor, permitindo ou não o retrocesso a etapas processuais já superadas no passado (GAJARDONI, 2011, p.77).

Com base nisso, dois sistemas processuais são conhecidos e indicados pela doutrina no que toca ao procedimento: a) sistema da legalidade das formas procedimentais; b) sistema da liberdade de formas procedimentais.

Nessa toada, leciona Gajardoni (2011, p.90) que no primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento, bem como o prazo para sua prática, encontra-se rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo a afronta à prescrição legal resultar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto, ou seja, do procedimento todo, ou do resultado do processo, ato decisório. Prossegue Garjadoni (2011, p.90) afirmando os prós e contras desta modalidade de sistema, ou seja, tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que apresenta ao jurisdicionado, no entanto, é burocrático e muitas vezes requer procedimentos desnecessários ou inadequados para proteger os direitos de forma eficaz. Quanto ao segundo sistema, pontifica o autor não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, tampouco há disciplina legal dos prazos, competindo aos sujeitos do processo, ora às partes, ora ao magistrado determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado, bem como o tempo para tanto.

Analisando a legislação processual brasileira ao longo da história, os modelos procedimentais não atendiam o alcance da tutela dos direitos, muito deles de magnitude constitucional, o que se observa até os dias de hoje. Nessa senda, vaticina Fabio Caldas de Araújo (2018, p.147):

A técnica procedimental demonstrava sinais de claro esgotamento em um modelo que não correspondia às necessidades básicas para a profusão dos

“novos direitos”. Século XXI também foi marcado pelo rompimento entre a dicotomia público-privado e pelo fenômeno da constitucionalização como suporte de eficácia aos direitos fundamentais materiais e processuais (...) A necessidade de proteção do direito fundamental da saúde e da vida permite que dogmas processuais sejam ultrapassados exatamente pela compreensão de que o direito é focado em benefício do ser humano e não o contrário. A importância de modelar e adaptar o sistema processual para a proteção integral do sujeito de direito revela o comprometimento moderno do sistema processual com a tutela dos direitos fundamentais.

Acontece que a forma pela forma, ou a forma como um fim em si mesmo, a forma sem conteúdo axiológico já não é mais aceita nos tempos atuais, na medida que se distancia das necessidades de alcance do direito material. O apego excessivo às formas, não cumpre mais com os escopos do direito processual civil, que não é apenas jurídico, mas social e político (DINAMARCO, 2001, p.183).

Desta maneira, é devida atenção e cautela aos procedimentos, pois, conforme esclarece Redondo (2017, p.19), o rigor formal não deve ser concebido como um fim em si mesmo, de forma que diante das necessidades do caso concreto ou respeito ao devido processo legal a adequação procedimental ganha espaço, obviamente, guardando observância com pressupostos e requisitos. Vejamos como leciona o autor:

Ainda que a observância às regras formais do processo seja significativamente importante, é evidente que tal exigência de não deve ser exacerbada, sob pena de o (formalismo do) procedimento se tornar um fim em si mesmo, vindo o processo a, indevidamente, perder sua instrumentalidade. Por essa razão, é imperioso concluir que a forma pode ser adequada (adaptada, flexibilizada) em certas situações – com as devidas cautelas e a observância aos necessários pressupostos/requisitos.

Assevera Didier Jr (2016, p.116) que a construção legislativa do processo deve ser realizada considerando a natureza e as particularidades do seu tema principal. Deve-se ter em mente que um processo inadequado ao direito material pode resultar na negação da tutela jurisdicional. Portanto, o legislador deve estar atento a essas circunstâncias. Infelizmente, não era a mentalidade do legislador processual do Código de Processo de 1973.

Nesse espectro, a quase nenhum operador jurídico é lícito negar que o excessivo número de procedimentos especiais cognitivos e cautelares, muitos deles, como já apontado, criados sem sentido lógico algum, acaba por confundir a própria prestação e efetividade da Justiça (ARAGÃO, 2004, p. 205). Com efeito, os doutrinadores observaram que o processo do Código de Processo de 1973 é geralmente demorado e burocrático, tornando-se imperativo permitir uma

reestruturação completa sem abrir mão de direitos e garantias constitucionais, para obter resultados efetivos.

Devido à implementação do modelo da legalidade das formas procedimentais na legislação processual anterior, a doutrina nacional defendia que apenas a legislação poderia adequar os procedimentos processuais às particularidades subjetivas e objetivas da causa. No Código de 2015, foram feitas alterações profundas no regime procedimental do Código de 1973, com uma clara simplificação dos ritos e, principalmente, uma tentativa, que foi parcialmente frustrada pelo substitutivo do Senado, de mitigar a adoção, pelo sistema, do modelo da legalidade das formas procedimentais, permitindo ao juiz e às partes, diante da falta de procedimento adequado, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (ARAÚJO, 2018, p.147).

Segundo Garjadoni (2011, p.90), a intenção do legislador do Código de Processo Civil de 2015 foi investir seriamente na questão da simplificação formal e ritual do sistema, eliminando obstáculos. Puramente formais, sem sentido prático ou lógico, e reprojetoando, com manifestas melhorias os ritos processuais, os quais doravante pretendem efetivamente servir ao que se prestam: garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil. Em que pese essas considerações, o artigo 562 do Código vigente, o qual reproduz os ditames do art. do Codex de 1973 carrega o mesmo retrocesso no tocante a segurança jurídica, ao garantismo processual, destoando das demais normas projetadas pelo legislador de 2015.

Pontifica Fabio Caldas de Araújo (2018, p.147), que o atual Código de Processo Civil ostentou importantes modificações, as quais serão objeto de gradual adaptação por parte de todos os operadores e aplicadores do direito. Prossegue o autor identificando as novas tendências do processo civil, principalmente, partindo de um olhar constitucional, e, desto dessa perspectiva, imergindo no devido processo legal. Assim, considera Araújo (2018, p.155) que a flexibilização procedimental pelo magistrado configura uma certa mudança de paradigma alinhada a visão moderna do processo civil, bafejada pela sua leitura constitucional.

Vejamos as palavras do autor:

Nesta visão propomos uma reflexão interessante sobre a mudança de paradigma quanto à possibilidade de flexibilização procedimental. A visão moderna do processo civil, inspirada pela sua leitura constitucional, influenciou dois pontos essenciais no que tange à estrutura do procedimento: a) papel ativo das partes na colaboração e construção do

procedimento adequado e b) possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento em seu papel de gestão processual.

O início do desate com o formalismo processual, ou seja, a observância da existência de procedimentos com falta de regulamentação, representou um ponto de partida para o legislador processual do *Códex* de 2015, o qual, tenta corrigir a distorção do *déficit* procedimental convocando as partes a participarem ativamente da elaboração do procedimento adequado. Desta maneira, mais especificamente, faz-se menção aos negócios processuais.

Feitas estas considerações iniciais, é mister se seja apresentada a análise, por parte da doutrina pátria, acerca do formalismo processual e os ensaios para flexibilização procedimental.

Sem dúvidas, resta impossível fazer remissão ao formalismo processual na doutrina brasileira, sem fazer alusão ao sistema legal de adequação do processo de Galeno Lacerda, Instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco e o formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para a partir de então, adentrar-se nos estudos da flexibilização procedimental à luz da doutrina pátria contemporânea.

Em meados da década de setenta, Galeno Lacerda (1976, p. 163) teoriza sobre o princípio da adequação direcionado ao legislador, e sua importância na conformação procedimental, apresentando o processo como instrumento de realização do direito material em concreto, sendo a adequação o requisito fundamental para que possa atingir os seus objetivos. Deve o processo, assim, adaptar-se, concluindo Lacerda (1976, p.163) a adaptabilidade sob três vertentes: subjetiva, objetiva e teleológica:

a) aos sujeitos da relação conflituosa, seja em razão de incapacidade, número de litigantes, intervenções de terceiros, modificações do juízo competente (subjetiva); b) ao objeto sobre o qual versará a prestação jurisdicional, variando suas regras em razão da disponibilidade ou indisponibilidade do direito discutido (objetiva). c) à finalidade do processo de acordo com as várias funções da jurisdição (teleológica). Por isso que o processo de conhecimento deve ter um trâmite distinto do processo de execução e do processo cautelar. Mesmo os distintos processos de conhecimento (procedimento comum – ordinário e sumário – e procedimentos especiais), diferenciam-se em razão da adequação teleológica, dando exemplo das possibilidades de tutela liminar em algumas espécies procedimentais.

Assim sendo, a proposta é da adequação procedimental dirigida ao legislador. O legislador, portanto, deve prever em abstrato as variações procedimentais

necessárias à idônea tutela jurisdicional dos direitos, ou seja, não se apresentada tal faculdade ao magistrado (LACERDA, 1976, p.164).

Posteriormente a Lacerda, Candido José Dinamarco (2009, p.366) apresenta à comunidade jurídica a ideia da instrumentalidade do processo, rompendo com o tecnicismo processual e considerando que o processo deveria ser estruturado para promover relevantes escopos sociais e políticos enxergando que a rigidez procedimental, tida na história como penhor da segurança jurídica, não mais representa o caminho adequado aos bons resultados do processo. Nessa vereda, a preocupação de Dinamarco, frise-se, volta-se à disponibilidade do direito material e não das regras procedimentais.

Seguindo essa trilha de abordagem ao formalismo processual e abordagens críticas ao mesmo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p.13) apresenta na década noventista a figura do formalismo-valorativo, passando a defender alguns pontos, ou seja, defender as ideias de que o processo deve ser interpretado a partir dos valores constitucionais, notadamente o da efetividade e o da segurança, enfatizando a importância de adequação do procedimento às exigências do caso concreto, mas o faz, sobretudo, sob a ótica legislativa, de maneira que o legislador preveja diferenciações formais do processo consoante fatores subjetivo, objetivo e teleológico de adaptação. Alvaro de Oliveira (2009, p. 13), diferentemente de Galeano Lacerda, não circunscreve a adequação procedimental de forma absoluta ao legislador, mas acena brevemente para a possibilidade de flexibilização judicial, a partir de uma interpretação do sistema das nulidades processuais, refutando a abertura de discricionariedade por parte do magistrado em operar variação ritual.

Posteriormente ao sistema legal de adequação Galeano Lacerda(1976), década de setenta, a Instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco (1987), década de oitenta e o formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998) da década de noventa, aparecem os estudos de Marinoni (2013, p. 395) na década seguinte analisando o processo sob os vidrais da teoria dos direitos fundamentais, e, resgatando a adaptabilidade procedimental ensaiada por Galeano Lacerda (1976) à luz das premissas constitucionais. Nesse contexto, a partir das reformas na legislação processual lusitana, operadas na década de 90, Fernando Gajardoni (2016) apresenta o princípio da adequação formal e sua correspondência com o direito processual pátrio.

A imersão sobre a flexibilização procedimental no direito brasileiro apresentou-se com uma maior tônica na fase da apresentação do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015.

No anteprojeto do código se permitia, em disposição que, posteriormente, foi objeto de parcial alteração no substitutivo do Senado ao juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa, ou seja, o comentado art. 107, V.

Consoante Garjadoni; Romano; Luchiari (2008, p.55) a mais interessante, e polêmica, proposta procedimental apresentada pela Comissão responsável pela elaboração do Código de Processo Civil vigente, entretanto, tem a ver com a expressa adoção, em nosso sistema, do princípio da adequação formal ou, como temos preferido em nomenclatura pioneiramente introduzida no Brasil do princípio (ou padrão) da flexibilização legal genérica do procedimento. Ressaltam os autores o art. 107, V e o art. 151, §1º, vejamos:

De fato, conforme letra do art. 107, V, do NCP/Comissão, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “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”. Tal norma ainda é complementada pela redação do art. 151, § 1º, do mesmo estatuto, a dispor que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Essa tese da adequação cresceu de tal ponto que no projeto do código, ou melhor no anteprojeto em 2009, reproduz-se a previsão do Código Português, instaurando uma cláusula geral de adequação do processo pelo Juiz. Quando o anteprojeto virou projeto e começou a tramitar nos senados, o referido dispositivo sofreu emendas supressivas.

Assim, durante a tramitação, saiu essa previsão de adequação legal genérica dirigida ao juiz, porém, outros pontos entraram que dão um poder de adequação. Primeiro o Inciso VI do artigo 139, que permite que o juiz inverta a ordem de produção da prova e dilate os prazos processuais, esses ajustes possíveis pelo juiz foi consagrado neste artigo.

O segundo é o artigo 7º o qual dispõe que cabe ao juiz o dever de zelar pelo o efetivo contraditório. É um dever genérico. No contexto do princípio da igualdade, o juiz tem um dever de zelar pelo efetivo contraditório. Aí é uma base normativa e permite que se opere adequações atípicas pelo juiz para preservar a igualdade

processual. O artigo 7º é uma válvula de escape para adequações atípicas pelo magistrado.

O terceiro seria a proliferação de cláusulas gerais processuais no Código de Processo Civil de 2015. E toda vez que tem uma cláusula geral processual, há brecha para adequação formal pelo juiz.

Em outras palavras, tiraram do projeto a cláusula geral de adequação judicial aos moldes do artigo 547 do Código de Processo lusitano, porém restaram artigos que autorizam, em algumas situações, a exemplo do zelo pela igualdade processual, que o Juiz efetue alterações rituais.

Então, o projeto consagrou ajustes típicos permitidos ao Juiz, Inciso VI do art. 139, consagrou o dever de zelar pelo contraditório, art. 7º, uma permissão de adequação pelo juiz para equalizar o contraditório, e consagrou uma infinidade de cláusulas gerais processuais que tornam o processo judicialmente flexível.

Quando divulgado o texto do anteprojeto do *códex* de 2015 pela comissão de juristas responsável pela sua elaboração, a comunidade jurídica, em especial os advogados, viram com extremo receio e desconfiança os dispositivos que permitiam a flexibilização judicial do procedimento, ou seja, a proposta de redação dos artigos 107, V, e 151, § 1º (ARAUJO, 2018, p.155).

No tocante à flexibilização, o artigo 107 do anteprojeto (Projeto de Lei nº 166/2010), que trata dos deveres e responsabilidades do juiz, previu, no inciso V, a possibilidade do juiz “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”.Entendia Trícia Cabral(2010,p.57) que:

O grau de abstração do referido dispositivo ensejou preocupação pela ausência de “indicativo da forma e dos limites da flexibilização do procedimento” capaz de fomentar, na prática, “dúvidas e problemas pessoais” “ensejando uma indesejada insegurança jurídica que pode comprometer, em última análise, a própria aceitação dessa técnica”.

Esse receio deveu-se a três fatores. Primeiro, ao total desconhecimento dos críticos da extensão da regra da flexibilização procedimental, inclusive, na esfera do direito comparado, art. 265-A do Código de Processo Português, e dos condicionamentos para sua aplicação, segundo, à má intelecção do espírito do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de extinguir modelos procedimentais, sumário e especial, exatamente porque estaria permitindo o amoldamento do rito no caso concreto. E terceiro, a suposta redação dos dispositivos que trataram do tema

no texto do anteprojeto, os quais autorizaram a flexibilização, mediante reputadas como cláusulas extremamente abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes (ARAUJO, 2018, p.155). Com efeito, o referido receio na tramitação senatorial não merece aceitação, haja vista que, requisitos devem ser observados previamente para a flexibilização procedimental a exemplo da finalidade, contraditório útil e motivação (GAJARDONI, 2008, p. 87).

Em que pese os pontos citados que, supostamente, tenham gerado receio para a aprovação do projeto a cláusula geral de adequação judicial aos moldes do artigo 547 do Código de Processo lusitano, é mister considerar que restaram artigos que autorizam, em algumas situações, a exemplo da possibilidade do magistrado inverter a ordem de produção da prova e dilatar os prazos processuais, zelar pela igualdade processual e efetuar alterações rituais, sem falar de outras cláusulas processuais gerais. Assim sendo, de certa forma, os autores do anteprojeto absorveram que a ideia da flexibilização procedimental já representa um tendenciado direito processual contemporâneo, haja vista, que a adaptabilidade procedimental está ontologicamente ligada ao devido processo legal.

## 2.7 UMA BREVE EXPOSIÇÃO DAS POSIÇÕES CONTRÁRIAS A ADEQUAÇÃO JUDICIAL PROCEDIMENTAL: UMA ANÁLISE COMBATIVA À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em que pese os estudos atinentes a flexibilização judicial procedimental guardarem consonância com o direito processual contemporâneo, existe corrente doutrinária que se contrapõe ao referido protagonismo do julgador. Nessa senda, Diego Sousa (2021, p.448) e Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p. 415) filiam-se a uma plataforma, na qual, levantam alguns pontos combativos a flexibilização judicial procedimental, os quais serão rebatidos de *per si*.

Diego Sousa (2021, p.448) e Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p.415) comungam com a ideia de que o devido processo legal é aplicado ao processo e não ao procedimento, ficando este a cargo do legislador infraconstitucional, haja vista que, a adequação procedimental deriva do próprio devido processo legal.

Primeiramente, o direito da ação teria que ser compreendido como direito da ação adequada, uma ação adequada exige a construção de um procedimento



adequado. Nesse prumo, o juiz, a partir do devido processo legal, constatar a inadequação de regras processuais no caso, pode afastá-las e apresentar uma construção processual ajustadas ao caso.

Feitas as referidas considerações, passa-se ao desate do primeiro ponto levantado, ou seja, se o devido processo legal deve ser observado e aplicado nos procedimentos processuais.

A partir da premissa de que um processo adequado reclama um procedimento adequado, pode-se constatar nítido elo com o devido processo legal, haja vista, que este reclama um processo regular e adequado. Nesse espectro, Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 118) vai mais adiante, especificando que o devido processo legal não só deve ser observado em um procedimento como um todo, mas em cada etapa do procedimento a exemplo da fase de cognição sumária.

Acrescenta-se que dissociar o devido processo legal a um procedimento processual é ignorar a dimensão procedimental do *due process*. Esta dimensão informa a necessidade, como regra, da formação do contraditório nos procedimentos. Nessa urdidura, a formação do contraditório consiste em regra procedimental, ou seja, o devido processo legal deve ser observado em qualquer procedimento, inclusive, em fases específica deste.

Um segundo ponto que Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p. 415) trazem à baila é a crítica a possibilidade da adequação formal judicial no direito brasileiro. Consideram uma suposta incorporação do modelo francês e inglês do *active case management* no direito processual pátrio o que representaria conferir ao magistrado uma poder de gestão processual e flexibilização procedimental quase que ilimitados.

Na realidade, o protótipo de adequação formal procedimental pátrio sofreu influência lusitana, em seguida, ganhou contornos próprios. Nessa órbita, enquanto o *codex* português contempla em seu artigo 547 uma formula de flexibilização legal genérica que autoriza o magistrado a manobras procedimentais, o código processual pátrio estampa várias cláusulas gerais processuais, que permitem ajustes atípicos pelo juiz, referentes a temas específicos, a exemplo do artigo 7º que determina ao magistrado o dever de zelar pelo contraditório em qualquer procedimento devendo operar, se necessários adequações rituais.

O modelo francês e inglês do *active case management* atribui ao magistrado um poder de gestão processual e adequação procedimental, praticamente, de forma irrestrita. De outro giro, o *códex* pátrio estampa diversas cláusulas de flexibilização

que confere ao magistrado adequar o procedimento como um poder dever, bem como estatuiu limites para tanto, haja vista que o próprio diploma obriga a fundamentação das decisões judiciais. Nesse prumo, para sistema de adequação formal pátrio a fundamentação da decisão é fundamento de validade da flexibilização. Acrescenta-se que para qualquer manobra judicial de variação ritual, o magistrado é obrigado a respeitar o contraditório e motivar a decisão. Assim, acentua Gajardoni (2013, p. 1129) caberá ao juiz, atender a finalidade, contraditório e motivação, de igual forma a adequação judicial *in concreto*, deve atender aos mesmos por força do próprio devido processo legal que constitui a sua base principiológica.

Diego Sousa (2021,p.448) e Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p. 425) apresentam como argumento que contrapunha a flexibilização judicial a necessidade de obediência ao procedimento estatuído pelo legislador para se evitar excessos. Acrescentam que a obediência ao devido processo legal reside na conformidade com o procedimento legalmente definido.

Ocorre que o legislador, muitas vezes, a exemplo do artigo 562 do código processual pátrio, elabora em procedimento em desalinho com o devido processo legal, o que pode deflagrar em um desnivelamento entre as partes. Com efeito, o referido artigo suprime qualquer forma de formação de contraditório na fase do cognição sumária do procedimento. Dessa forma, apesar de se esperar uma postura garantista por parte do legislador, o que se observa é, a exemplo do artigo supracitado, um cenário propício a gerar, casuisticamente, de desequilíbrio processual e insegurança jurídica.

Raatz, Anchieta e Dietrich (2021, p. 425) asseveram que a flexibilização procedimental dentro de limites estabelecidos em lei não se confunde com a construção do procedimento pelo juiz. Na realidade, o autor faz uma confusão com a tipologia flexibilizatória, ou seja, para o mesmo a proposta de flexibilização exclusivamente judicial se apresenta como uma proposta para subverter a única forma de flexibilização procedimental, ou seja, a flexibilização legal.

Na realidade, consoante registra Fernando Garjadoni (2007, p.78) existem tipos de flexibilização procedimental diferentes. Em apertada síntese, são apresentadas a flexibilização legal, na qual o legislador confere ao magistrado o poder de flexibilizar o procedimento, seja de forma livre ou através de hipóteses taxadas em lei. Em seguida, registra o autor a flexibilização negocial, ou seja, a lei confere as partes a possibilidade, em comum acordo, de moldar o rito, e, por último

a flexibilização judicial, na qual o magistrado se deparando, no caso concreto, com norma de procedimento inadequada, afasta a mesma, e cria uma norma procedimental.

Segundo Fredie Didier Jr (2015, p.114) o devido processo legal fundamenta todas as referidas formas de adequação procedimental. Assim sendo a flexibilização exclusivamente judicial, para o referido autor, teria pertinência a partir da premissa de que um procedimento regular e adequado ser alicerçado com o devido processo legal, desde que haja a fundamentação da decisão naquele caso concreto.

Não se pode deixar de olvidar que, mesmo na a flexibilização procedimental dentro de limites estabelecidos em lei a que Raatz, Anchieta e Dietrich (2021,p. 425) conferem exclusividade, existe uma margem de atuação para o magistrado.

Por último, Diego Sousa (2021, p.448) apresenta o argumento de que a ideia de correção do procedimento para fazer ser atendidas as garantias processuais negadas por lei se opera no âmbito do controle de constitucionalidade e não da adequação formal.

Primeiramente, é mister ressaltar que a adequação formal não se é utilizada apenas para adequar o procedimento ao direito material tutelado, mas também, sob a forma de cláusula geral processual pode determinar adequações atípicas no procedimento afim de se ver restaurado o equilíbrio processual, ou seja, garantia processual, desde que casuisticamente.

A análise da adequação do procedimento para atendimento garantias processuais, não contempladas pelo legislador, encontra terreno no âmbito das cláusulas gerais processuais. Assim, o modelo de flexibilização procedimental brasileiro se traduz na existência das referidas cláusulas espalhadas por todo o *códex* de 2015. Nessa órbita, pode-se extrair, a título de exemplo, o artigo 139, VI do referido diploma que possibilita o magistrado dilatar prazos processuais como forma de restaurar o equilíbrio processual. O ponto nevrálgico que distinguiria a mera possibilidade de se declarar inconstitucionalidade de norma processual que estipula prazo mínimo e a de adequá-la pelo magistrado seria a abordagem casuística. Em outras palavras, não seriam todas as hipóteses que o magistrado dilataria o prazo de uma norma que prevê, por exemplo, um prazo de apenas dois dias para contraditar documentos, mas sim na hipótese de um desequilíbrio processual flagrante, ou seja, quando a parte contrária, a título ilustrativo, apresenta cinquenta documentos.

Diante de todo o exposto, a flexibilização procedimental, partindo de uma abordagem casuística, constitui uma ferramenta processual que confere, em muitos casos segurança jurídica e equilíbrio processual, desde que obedecidos os requisitos e limites. Vale acrescentar que, a referida ferramenta, encontra beneplácito no devido processo legal que prevê a necessidade de procedimentos regulares e adequados.

### 3 PROLEGOMENOS ACERCA DA TUTELA JUDICIAL DA POSSE E ANÁLISE ESTRUTURAL DA LIMINAR POSSESSÓRIA

#### 3.1 GENERALIDADES SOBRE A POSSE E FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

Antes de adentrar no estudo da origem histórica da posse, na ótica de Álvaro Villaça Azevedo (2019, p.36) é mister compreender a origem da palavra. Ensina o autor que: “A palavra posse foi conhecida primitivamente, como *usus*, daí as palavras *ususcapere* (captar pelo uso com a usucapião) e *ususfructus* (uso e fruição). Posteriormente surgiu o vocábulo *possessio*, que é a apreensão, o poder de fato sobre a coisa.”

A posse nasceu antes da propriedade (VILAÇA, 2019, p.3) então seria possível tratar da origem histórica da posse dissociando-a do direito romano. Nesse contexto, Caio Maio da Silva Pereira (2017, p.33) apresenta e homenageia os estudos romanos:

Mas a dogmática da posse não perde os conceitos romanos, que enfrentaram uma tão frequente imposição dos fatos e uma tão farta contribuição de variegadas hipóteses que as teorias vão ainda hoje inspirar-se naquelas fontes. A exposição, posto que moderna, não dispensa os ensinamentos da sabedoria romana, como a invocação dos textos, não obstante as dúvidas levantadas quanto às interpolações ao tempo da codificação justiniana, revela utilidade indisfarçável para a solução de problemas atuais.

Da mesma forma, não se pode deixar de mencionar que aqueles que defendem a ideia de posse antes dos interditos embasam sua posição nas conquistas do Império Romano. Isso ocorre porque as terras conquistadas eram distribuídas entre os cidadãos, sendo que uma parte delas era reservada para a cidade e utilizada para fins públicos e sociais, como a construção de estradas, praças e estabelecimentos oficiais (RIZZARDO, 2003, p.37).

Tecidas as ideias iniciais acerca da origem histórica da posse, passa-se a tratar de sua natureza jurídica e correntes doutrinárias tangentes a sua conceituação.

Delimita Caio Maio da Silva Pereira (2017, p.40) que existem três correntes acerca da natureza jurídica da posse. A primeira que defende ser fática, a segunda que acolhe o entendimento de ser a posse um direito, e, por último, a terceira que

atribui a posse a natureza fática e jurídica, simultaneamente, vejamos as palavras do autor:

Não estranha, pois, que ainda se discuta o tema, dividindo-se os escritores entre as três correntes. Na verdade, pela autoridade dos combatentes não se decide a batalha. Se a primeira proposição (a posse é um fato) tem sido sustentada por juristas do porte de Cujacius, Donnellus, Voet, Windscheid, De Filipis, Trabucchi; e a segunda (a posse é um direito), por Accursius, Bartolo, Ihering, Molitor, Cogliolo, Teixeira de Freitas, Edmundo Lins; a terceira (a posse é um fato e um direito, simultaneamente) vem amparada por Savigny, Merlin, Namur, Domat, Ribas, Lafayette. E longa iria a relação, de antigos e modernos. Com a minúcia que caracteriza os seus trabalhos, Edmundo Lins alinhou um a um os argumentos com que pretende provar as teses, e, em seguida, dissecaos e os refuta, um a um, com os próprios textos romanos, para chegar, à moda dos matemáticos, a um fecho de que – como se queria demonstrar: “a posse é um direito”.

Silvio Venosa (2017, p.38) trabalha a natureza jurídica da posse a partir da uma teoria da aparência, ou seja, um estado de fato tutelado pelo direito. Vejamos:

Desse modo, a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito. Se o Direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática, que tanto incomoda os doutrinadores, em qualificar a posse como simples fato ou como direito.

Leciona Paulo Lobo (2019, p. 54) que, majoritariamente, a doutrina pátria inclina para a natureza jurídica da posse como sendo um poder de fato. Salienta o autor:

A orientação majoritária no Brasil da posse como poder de fato que o direito reconhece ao titular da posse, é influenciada pela opção centenária do projeto do Código Beviláqua, enunciado no art. 485 do CC/1916 e mantido, quase integralmente, no art. 1.196 do CC/2002, de seguinte teor: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Acentua Caio Maio da Silva Pereira (2017, p.34) as divergências no que tange às teorias acerca da posse. Consoante o autor, divergências aparecem precisamente na sua caracterização. Registra que desde os glosadores emanou o entendimento de que o “*corpus*” como o contato material com a coisa; e o *animus* como a intenção de ter a coisa para si ou com a intenção de proprietário. Nesse prumo, menciona o autor que duas grandes escolas, porém, dividem os doutrinadores, com reverberação legislativa em destaque: a de Savigny, chamada subjetivista, e a de Rudolf von Ihering, objetivista.

Na realidade a teoria adotada por Savigny foi a teoria de teoria de Niebuhrposse surgiu com a distribuição, a título precário, de terras conquistadas pelos romanos, passando a ser um estado de fato protegido pelo interdito

possessório (DINIZ, 2014, p.46). A teoria da posse desenhada por Savigny, leva a compreensão de que a posse é simultaneamente um fato e direito, ou seja, é um fato que produz consequências jurídicas, colocando-se entre os direitos pessoais um fato, em si mesma e um direito no que tange aos efeitos. Na ótica de Ihering, a posse seria um direito, um interesse juridicamente protegido, enquadrando-se entre os direitos reais (VILAÇA, 2019, p.40).

Caio Maio da Silva Pereira (2017, p.35) resume a teoria apresentada por Savigny, destacando o autor o *corpus* ou elemento material da posse, caracteriza-se como a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, de igual forma, de defendê-la das agressões de quem quer que seja; o *corpus* o poder físico da pessoa sobre a coisa, ou seja, não é a coisa em si; o outro elemento, interior ou psíquico, *animus*, considera a intenção de ter a coisa como sua, o que não seria a convicção de ser, mas a vontade de tê-la como sua, ou seja, o “*animus domini*”.

Registra Paulo Lobo (2019, p. 55) que a teoria subjetiva foi determinante no esboço de Teixeira de Freitas (1983, v. 2, p. 541), para o qual a posse representava na possibilidade de exercer atos dominiais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la, o que apresenta evidente dependência à propriedade.

De outro giro, Pereira (2017, p.36) ementa a visão de Von Ihering no sentido de que o “*corpus*” será relação exterior que existe normalmente entre o proprietário e a coisa, ou seja, a aparência da propriedade, de forma desnecessário de que exerça a pessoa o poder físico sobre a coisa, pois que nem sempre este poder é presente sem que com isto se aniquile a posse. Quanto ao elemento psíquico, “*animus*”, na teoria objetivista de Ihering, leciona o autor que não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário, ou seja, independentemente de querer ser dono.

Como enfatiza Menezes Cordeiro (2004, p.52) que a dicotomia Savigny e Ihering possui o significado dos dilemas constantes que, ao esgotarem a realidade do espaço humano, sempre acabam surgindo, da mesma forma como acontece com as dualidades coletivo e individual, exterior e interior, Platão e Aristóteles ou Hegel e Kant. O autor continua afirmando que os estudiosos sobre a posse têm a obrigação de conhecê-las e o encargo de fazer uma escolha, com fundamentos, levando em consideração que os discursos concretos de Savigny e Ihering, principalmente, as realidades que eles expressam são, no entanto, bastante reais.

A disciplina da posse nos códigos civis vigentes é fruto de uma longa evolução histórica. Reporta-se aos elementos de Direito Romano, somados aos de Direito Canônico e de Direito Germânico, no qual a “*Gewere*” era guardava correspondência com à “*possessio*” romana, reservando suas peculiaridades (FUNAIOLI,1942, p.117).

Cristiano Chaves (2015, p.40) traça em paralelo do conceito de posse com o disposto no código civil vigente. Nesse prumo, ao conceituar a posse da mesma maneira que o seu antecessor, o Código Civil de 2002 adota a teoria objetiva, repetindo a nítida concessão à teoria subjetiva no tocante à usucapião como modo aquisitivo da propriedade que demanda o “*animus domini*” de Savigny. Nesse sentido, pontifica:

Com efeito, predomina na definição da posse a concepção de Ihering. A teor do art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Assim, pela letra do legislador, o possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.

O Código Civil de 2002 ratificou a via eleita pelo Código de 1916, pela inserção da posse no livro do direito das coisas. Seguidor das teses de Ihering, Clóvis Bevilacqua entendeu que a posse é um caminho para a propriedade e deve ser inserida antes do seu estudo, como um ponto de transição momentânea. Aliás, nesse ponto contrariou o próprio mentor, que entendia ser essencial o estudo prévio da titularidade, para posteriormente se alcançar a posse.

Pontua Paulo Lobo (2019, p.74) que a definição legal dada pelo Código Civil limita-se à posse correlacionada à propriedade. Porém, não abrange a posse autônoma, que, por guardar relação de independência da propriedade, já é fato jurídico, de onde promana o direito subjetivo.

Analisados os traços estruturais do instituto da posse, é mister a imersão nos efeitos da mesma.

A doutrina diverge a respeito dos efeitos da posse. Para Tepedino (2011, p. 468), os efeitos seriam múltiplos, ou seja:

direito aos interditos; (ii) direito aos frutos; (iii) direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias; (iv) direito ao levantamento das benfeitorias voluptuárias; (v) direito a usucapir o bem e (vi) direito à indenização pelos danos sofridos com a turbação ou esbulho.

Na ótica de Silvio Rodrigues (2003, p. 51), a posse geraria um único efeito, isto é, a proteção possessória. Nessa esteira, considerando a proteção possessória, ou tutela da posse como um efeito dela, a primeira questão a se averiguar qual seria o fundamento da proteção possessória.



Primeiramente, é mister destacar que proteção da posse é conferida sem distinção a qualquer possuidor independente de sua qualificação jurídica, nesse sentido, destaca-se que não se pode falar em fundamento de proteção possessória, sem o debruçamento na relação exteriorizada entre o sujeito e o bem (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p.62). Seguindo esse raciocínio, Roberto de Ruggiero (1958, p.598) ensina que, em sede de proteção possessória, tutela-se o proprietário e o ladrão, o locatário e o usurpador, ou seja, analisa-se o poder fático independentemente da qualificação jurídica do sujeito que exerce.

Antes de se debruçar nos fundamentos da proteção possessória, considera Paulo Lobo (2019, p. 58) responder algumas indagações: se a posse não é direito subjetivo, então por que é protegida pelo direito? As respostas subordinam às concepções de posse e, principalmente, dos elementos basilares que a caracterizam em cada sistema jurídico. Em um primeiro momento, pode se cogitar que há um direito à proteção da posse mesmo que a posse não seja fundada em direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, Segundo Ebert Chamoun (1970, p. 14):

há um direito à proteção da posse sem que a posse seja fundada em direito, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas, além de que a aparência é juridicamente digna de proteção.

Pontifica Silvio Venosa (2017, p.38) correlaciona o estado de aparência juridicamente relevante da posse com a necessidade de sua proteção. A posse, para o autor, como estado de fato reconhecido pelo ordenamento, faz jus a tutela específica, de forma a ser mantido esse estado de exteriorização de propriedade. Por fim, arremata asseverando que as consequências dessa referida proteção, ou seja, que embora seja vista a posse como um fato preexistente ao ordenamento jurídico, sua proteção transforma-a em fato jurídico, ou seja, fato natural com repercussões no universo jurídico.

No que tange à proteção possessória, tangencia Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 62) a existência de teorias que procuram indicar as razões para a referida tutela. Dentro desse contexto, registra os autos as principais são as teorias relativas, teorias absolutas, teorias dogmático jurídicas, teorias históricas, teorias referentes a paz e ordem social, teorias da concepção econômico social, teorias da proteção da personalidade, teorias ecléticas e sociológicas.

Ensina Carlos David Santos Aarão Reis (1997, p.146) que as teorias relativas encontram motivos para a proteção possessória em noções estranhas a posse,

enquanto que as teorias absolutas veem o fundamento da proteção possessória na própria posse, em outras palavras, essa segunda classe de teorias repousam seus balizamentos em Rodolfo Von Jhering (1868, p.4) no sentido de que a posse teria que ser protegida em decorrência dela própria.

Ensina Carlos David Santos Aarão Reis (1997, p.149) que em momento posterior a concepção de Rodorff (1879, p.5) foi abraçada por juristas alemães com a teoria da paz, ou “Friedenstheorie”. Sobre essa concepção de tutela, ensina Wolf (1921, p.42):

O fundamento da proteção possessória encontra-se no interesse da sociedade em que os estados de fato existentes não sejam destruídos com o uso da própria força, mas sim segundo as vias legais, se contrariarem o Direito. A proteção da posse é proteção da paz geral, reação contra a realização do próprio direito pelo lesado, não tolerada pelo convívio ordenado. Não se pode alcançar o Direito pelo torto.

Encerra Joel Dias Figueira Júnior (1999, p.67) afirmando que a teoria que fundamenta a tutela interdital seria ateoriado fim socioeconômico da destinação dos bens em razão do poder fático de ingerência do possuidor:

A razão da proteção possessória nasce e se encerra na finalidade existência da própria posse, podendo ser mensurada pelo grau de normalidade do poder fático e através de um critério finalístico, via de regra social e econômico. O objetivo da tutela é permitir que o bem realize a sua perfeita, adequada e tranquila destinação socioeconômica, em benefício do titular do poder fático e dentro de um determinado contexto social.

Com efeito não se pode falar de fundamentos da proteção possessória sem destacar as posições de Savigny e Ihering. Dentro desse contexto, leciona Cristiano Chaves Farias (2015, p.193) que para Savigny (1866, p.45), a posse é um fato que se transforma em direito especificamente porque o ordenamento jurídico dispensa-lhe proteção, por meio dos interditos, no interesse da salvaguarda da ordem pública, e da tutela à própria pessoa do possuidor. As ações possessórias se fundamentam pela necessidade de restabelecimento do estado primitivo, ou seja, “*status quo ante*”, que fora afetado pela violência do esbulhador. De outro giro, acrescenta Farias (2015, p.194) que, na ótica de Ihering (1868, p.102), em sua teoria da defesa complementar da propriedade, apresenta o entendimento que a defesa da posse foi elaborada com o afã de aliviar a defesa dos poderes da propriedade, haja vista que o possuidor é um proprietário por força de presunção e pode repelir qualquer agressão, bastando que esteja a exercer um dos poderes inerentes à propriedade. Trocando em miúdos, explica o autor que a referida teoria traduz que a posse é a porta que conduz à propriedade de forma a necessidade de criação de formas de

tutela da sua exteriorização fática. No que pertine a tutela judicial da posse, é mister fazer uma abordagem a luz do ato-fato jurídico. Dentro dessa perspectiva, calha-se a fiveleta a lição de Cristiano Chaves (2015, p.196):

A tutela possessória pressupõe uma situação anterior de poder fático sobre o bem, tenha sido ela emanada de um ato-fato (ocupação do bem), de um direito real (usufruto) ou obrigacional (locação), ou mesmo do próprio direito de propriedade. Em qualquer dos casos, o titular da relação jurídica fundamentará a pretensão com base na posse que afirma exercer e não na qualidade de seu título, pois não há posse onde o fato não existe. O jus possidendi é matéria estranha e alheia a essa discussão, abstraindo-se do exame da lide possessória a discussão acerca do direito subjacente ao que aconteceu no mundo dos fatos.

Uma última consideração sobre a proteção jurídica da posse é que ela está condicionada ao exercício contínuo desta. Trocando em miúdos, se o possuidor não mantém a posse, quando pode fazê-lo, ela é considerada perdida ou abandonada, não sendo mais merecedora de proteção. Não se pode deixar de olvidar que além de sua proteção jurídica, que se encontra no plano da defesa, a posse é também exercício de fato de poderes correspondentes aos poderes jurídicos do proprietário, como estabelece o Código Civil brasileiro (LOBO, 2019, p.58).

### 3.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

A origem histórica da proteção possessória remete ao direito romano, embora Venosa (2017, p.118) argumente que existam divergências a esse respeito:

Existem muitas divergências no tocante a origem da tutela possessória no Direito Romano. Ementa o autor, que em linhas gerais, a posse era defendida por meio de dois interditos, os quais eram de duas categorias, "interdicta" que visavam manter a posse molestada e "*interdicta recuperandae*" que visavam recuperar posse perdida. Por último, sublinha o autor uma terceira classe, "*adiscendae possessionis*", destinada aos que buscavam uma posse nunca tida e que se pretendia adquirir.

Leciona Paulo Nader (2016, p.110) que no Direito Romano, os interditos possessórios eram um tributo à propriedade, em nome da qual se protegia a posse. Na palavra de Ihering (1868, p.102), cristaliza-se esta ideia de que a proteção do direito de posse é um postulado da proteção da propriedade, e era um complemento necessário ao sistema de propriedade romano.

Seguindo esse raciocínio, menciona Joel Figueira Jr (1999, p.114) que a tutela possessória assumia ainda uma segunda função, ou seja, aquela de preparar o processo de reivindicação. Antes de agir por intermédio da reivindicatória para

fazer valer o pretense direito de propriedade sobre a coisa possuída por outrem, tornava-se mais rápido e conveniente, evitando inclusive o dever de fornecer a difícil prova do próprio direito, recorrer à tutela interdita possessória para a contrária a assumir um eventual e sucessivo processo de reivindicação à posição de autor e, conseqüentemente, o ônus de provar o próprio direito.

No que tange à análise da proteção possessória ao lume do direito romano, resta imperioso a menção dos apontamentos referentes a Savigny (1866, p.45), e Ihering (1868, p.102). Figueira Junior (1999,p.108) a primeira, arquitetada por Niebuhr, e apresentada por Savigny defende não sendo proprietários ficavam sem a proteção judicial existente. Assim leciona Figueira Junior (1999,p.108):

Defende a tese da providência de caráter administrativo à tutela da antiga *possessio* dos ocupantes do *ager publicus*, à medida que, não sendo proprietários (a terra pública não poderia ser objeto de propriedade dos particulares), ficavam sem a proteção judicial existente; por este motivo, os pretores passaram a proteger a situação possessória através da concessão dos interditos, proteção está difundida posteriormente para as demais posses.

A segunda teoria, defendida por Ihering e outros estudiosos contemporâneos, é amplamente aceita e sustenta que a origem da proteção interdita reside no poder conferido ao pretor de conceder temporariamente a posse da coisa litigiosa a um dos litigantes nas ações reivindicatórias, até a sentença final. Essa posição é justificada pelo fato de muitos institutos jurídicos em Roma terem surgido devido a incidentes processuais, além de que a atribuição de posse provisória nas ações de reivindicação possivelmente existia antes mesmo do *ager publicus* (MOREIRA ALVES, p.333).

Por outro lado, as duas teorias convergem para um ponto comum quando admitem que teriam sido os pretores romanos os criadores da proteção possessória através do meio processual denominado *interditos*.

Pontifica Figueira Junior (1999, p.110) que a tutela possessória assumia ainda uma segunda função: aquela de preparar o processo de reivindicação. Antes de agir por intermédio da reivindicatória para fazer valer o pretense direito de propriedade sobre a coisa possuída por outrem, tornava-se mais rápido e conveniente – evitando inclusive o dever de fornecer a difícil prova do próprio direito – recorrer à tutela interdita possessória para a contrária a assumir um eventual e sucessivo processo de reivindicação à posição de autor e, conseqüentemente, o ônus de provar o próprio direito.

No direito romano clássico, escreve o Moreira Alves (1983, p.333) que:

*a possessio civilis e a possessio ad interdicta eram protegidas por interditos possessórios; já a possessio naturalis (a detenção) o era, apenas, indiretamente, com a utilização, pelo detentor, da actio iniuriarum, pois a turbação da posse era uma iniuria praticada contra a pessoa do detentor.*

Preconiza Alberto Burdese (1987, p.403) que na era pós-clássica do direito, as constituições imperiais trouxeram uma nova forma de proteção contra a violência, estabelecendo punições privadas para aqueles que tentassem apossar-se indevidamente da propriedade. Além disso, passou a ser concedido ao ocupante uma *interdictum* ou *actio*, chamada *momentariae possessionis*, com o objetivo de permitir que ele recuperasse, pelo menos temporariamente e de maneira imediata, qualquer tipo de posse perdida. Essa medida provava ser um meio eficaz de defesa da posse, pois possibilitava ao indivíduo que foi desapossado sem violência recuperar sua posse imediatamente, podendo ser utilizada até trinta anos após o despojamento ocorrer.

Registra Figueira Junior (1999, p.117) que no direito justiniano, há várias inovações quanto à proteção possessória:

*Com relação aos interditos retinendae possessionis causa, o interdito utrubi – por aproximação ao interdito uti possidetis – passou a proteger o possuidor, de posse não viciosa, que estava possuindo no momento da turbação, e não, como no direito clássico, o que possuía mais tempo no ano em que ocorrera a turbação. Quanto aos interditos recuperande possessionis causa, houve a fusão dos interditos de vi cottidiana e de vi armata num só: o interdito unde vi, que pôde ser utilizado até um ano depois do desapossamento, e não admitia, como defesa do desapossador, a exceptio vitiosae possessionis, o que vale dizer que o desapossado, por esse interdito, recuperava a posse ainda que a tivesse iniciado por ato da violência, clandestinidade ou precariedade, contra o desapossador, e o interdito de precário, no direito justiniano, segundo parece, nada mais é do que uma ação para pedir a devolução da coisa.*

Destaca Burdese (1987, p. 404) no direito *justiniano*, a *possessio naturalis*, detenção, que, no direito clássico, não era protegida pelos interditos possessórios, passou a sê-lo.

Os Interdito era ordem do magistrado romano para solucionar os litígios. Esta ordem era postulada por uma das partes, a fim de proibir ou impedir certos atos praticados pela outra (NOBREGA, 1975, p.428). Acrescenta Francesco Carnelutti (1952, p.142) que os interditos não solucionavam as divergências entre as partes de forma definitiva. Para tal, era necessária propositura posterior de ação. Por isso os interditos eram verdadeiras medidas cautelares. Nessa senda, leciona a Maria

Cristina da Silva Carmingani (2001, p.44) concessão da ordem interdital na origem romana da tutela antecipada poderia ocorrer mesmo sem a presença do demandado.

Gama e Castro (2015, p. 347) registram a evolução da proteção possessória na idade média informando que direito canônico também exerceu importante influência em matéria possessória. Acrescentam que na Idade Média, a *exceptio spolii* foi adotada para proteger o direito dos bispos de retornarem às sés em que exerciam suas atividades, quando afastados injustamente por perseguição. Tratava-se, assim, de uma forma indireta de reintegração de posse, por meio de uma exceção material.

Na perspectiva do direito luso-brasileiro, a garantia processual da posse foi derivada dos interditos do direito romano, adaptada, porém, pelas influências dos direitos canônico e germânico, que, de um lado, estenderam a defesa da posse contra. Contra qualquer forma de violência e, de outro, introduziram a noção da posse de força nova e de força velha (NETTO 2013, p. 95).

Seguindo esse raciocínio, Joel Figueira Jr (1999, p.193) ementa a proteção possessória nas ordenações afonsinas e no código filipino, destacando que as primeiras as primeiras admitindo a concessão de tutela possessória urgente em favor do esbulhado, desde que a ofensa tivesse ocorrido no prazo de ano e dia, enquanto nas segundas a figura o interdito proibitório encontrando origem na velha figura dos denominados embargos à primeira e a provisão de um rito especial para as possessórias de força nova.

Adentrando no ordenamento processual pátrio, faz-se mister breves considerações acerca da proteção possessória nos códigos de 1939, 1973 e o de 2015.

Quanto ao *codex* de 1939, delinea Joel Figueira Jr (1999, p.198) que o mesmo além dos interditos de manutenção e reintegração, previa, diferentemente do diploma de 1973, o interdito proibitório. Nesse sentido descreve o autor:

Vê-se que foram contempladas com acerto apenas três ações possessórias, porquanto somente essas apresentam, efetivamente, natureza interdital, tendo sido excluída a ação de imissão de posse do elenco das interditais típicas, eliminando-se o equívoco em que incorrera o Código de 1939, que desconsiderou as origens da jurisprudência e doutrina brasileira que predominavam antes mesmo do Código Civil.

Embora se identifique pequenas distinções entre a normatização da tutela processual da posse entre os códigos de 1939 e o de 1973, a principal delas seria no tocante a participação do réu na produção probatória, inclusive, de forma que se este último prova a posse o magistrado marcaria cinco dias para que o mesmo oferecesse enquanto que o de 1973 que nos ensina que o autor deve justificar sua pretensão para citar o réu a comparecer em audiência, ou seja, há um óbice de produção de provas por parte do réu na fase postulatória, mais especificamente, na fase de cognição sumária.

Vejamos o escólio de Joel Figueira Jr (1999,p.198):

O art. 371 do CPC, em sintonia com os arts. 506, 508 e 523 do CCb, regulava a admissibilidade da concessão da reintegração *initio litis* desde que a ofensa à posse datasse de menos de ano e dia e provados os requisitos enumerados nos incisos I a IV (a posse; turbação ou violência praticada pelo réu; data da turbação ou violência; continuação da posse; embora tubada, na ação de manutenção, e a perda da posse, na reintegratória). Não consistindo a demonstração do alegado em prova documental, o parágrafo único, primeira parte, facultava ao juiz a ouvida do réu quando entendesse ser necessário à elucidação do decisório preliminar.

Passemos a destacaros avanços e retrocessos do Código de 2015 em cotejo com o de 1973.

Leciona Misael Montenegro Filho (2018, p.507) quanto a introdução dos litígios coletivos de posse que o códex de 2015 estampa:

se preocupou com as ações possessórias propostas por ou contra uma quantidade significativa de pessoas (litígios coletivos), situação que marca as ações possessórias que envolvem a disputa pela posse de propriedade rural, invadida por integrantes de movimentos sociais, como o MST, por exemplo. Esses conflitos são algumas vezes violentos, sangrentos, incluindo pessoas de baixa renda, o que reclama atenção especial do Estado, para evitar a ocorrência de tragédias. Nessas ações, o magistrado deve ser cuidadoso em garantir aos réus o conhecimento da existência do processo, mediante a determinação do aperfeiçoamento da citação pessoal dos réus que forem encontrados no bem, reservando o aperfeiçoamento da citação por edital (*ficta*) somente quando não forem encontrados pelo oficial de justiça. Além disso, considerando que os meios de comunicação usualmente utilizados no interior dos Estados são diferentes dos utilizados nas capitais, o CPC/2015 estabelece a regra de que o magistrado deve dar publicidade do processo mediante anúncios transmitidos pelo rádio, por cartazes ou por outro meio de comunicação que se mostre eficaz e adequado (§ 3º do art. 554).

Observa-se, outrossim, avanços legislativos como prazo para a realização da audiência, obrigatoriedade da audiência de mediação, intervenção do Órgão Ministerial, bem como da Defensoria Pública no múnus de "*custus vulnerabilis*", maior

amplitude de poder de inspeção por parte do magistrado e possibilidade de participação de órgãos da política agrária e urbana.

Como um ponto de retrocesso do códex de 2015 refere-se os artigos 560 a 564 repetem a sistemática atualmente prevista do diploma de 73, conferindo poderes ao juiz para deferir, sem ouvir o réu, a liminar pleiteada ou, caso entenda necessário, designar audiência de justificação para que autor justifique suas alegações, devendo o réu ser citado para comparecer a esta audiência o que representa um retrocesso sob os olhares da segurança jurídica e do contraditório efetivo.

### 3.3 DA FISILOGIA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

#### **3.3.1 Noções introdutórias do meio de proteção: da autotutela e da demanda possessória**

O ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o art. 1.210, *caput* e §1º, do Código Civil, atribui o direito à proteção possessória por intermédio de remédios processuais, tradicionalmente chamados de interditos possessórios, e por meio da defesa direta do ofendido, conhecida como legítima defesa da posse e desforço imediato. Ambos representam, assim, de acordo com Claudia Aparecida Cimardi (2008, p. 68), os meios judiciais e extrajudiciais de defesa da posse, tendo em vista a utilização ou não do exercício do direito de ação, respectivamente.

A partir disso, Fernando Jacob Netto (2013, p. 84) classifica a proteção da posse em três espécies, quais sejam o desforço físico imediato, as ações possessórias típicas, ação de reintegração de posse, ação de manutenção de posse e interdito proibitório, e os outros remédios de proteção processual da posse, ou seja, ação de nunciação de obra nova, ação demolitória, ação de dano infecto, embargos de terceiro, ação de imissão de posse, ação reivindicatória e ação de despejo.

Maria Helena Diniz (2012, p.860) aponta a distinção entre as figuras da legítima defesa da posse do desforço imediato. A primeira refere-se à turbacão e ocorre quando o possuidor repele agressão atual e iminente à sua posse, a fim de manter a situacão de fato. Somente se verifica, então, enquanto o ato turbativo



estiver acontecendo, estando o possuidor ainda na posse da coisa. A segunda, por outro lado, ocorre quando o possuidor, já tendo perdido a posse da coisa, reage, em seguida, a fim de retomá-la. Refere-se, portanto, ao esbulho e à retomada, por esforços próprios, da posse momentaneamente perdida.

Acentua Tito Fulgêncio (1995, p. 145) que a lei permite o uso da autotutela possessória apenas até que o direito material do ofendido, violado pelo agressor, seja restabelecido. Isso ocorre porque a autotutela possui o objetivo de evitar a violação do direito e não pode ser transformada em uma forma de violação do direito alheio. Nesse sentido, Caio Mário Pereira (2017, p. 71), estabelece dois requisitos que validam a autotutela: imediatidade e moderação. O primeiro requisito, relacionado à imediatidade, decorre da expressão legal, “contanto que o faça logo”, a qual deve ser entendida como uma defesa aos atos de violência sem demora, logo após a agressão e antes que o agressor estabilize o estado de fato. O segundo requisito legal para a autotutela da posse decorre da expressão “não podem ir além do indispensável”, o que significa que as ações de defesa do ofendido devem ser proporcionais. agressão, devem ser exercidos com moderação e até o momento em que for necessária a aplicação da sua força para manutenção ou reintegração da posse.

Por último, Vilson Rodrigues Alves (2017, p. 435) lembra que a hipótese de tutela antecipada possessória requerida antecedentemente com fundamento na urgência coincide com aquela em que as regras jurídicas autorizam a legítima defesa da posse e o desforço imediato, situação na qual o ato atentatório é atual, está ocorrendo ou acaba de ocorrer e, se o possuidor não quer fazer uso da própria força para manter-se ou reintegrar-se na posse da coisa, poderá requerer a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente.

### **3.3.2 Breves considerações acerca da tipologia das ações possessórias**

Ovídio Batista (2000, p.207) comunga do entendimento de que as ações possessórias são ações reais e o legislador processual manteve a tradição romana em relação à disposição desta classe de ações no Código de Processo Civil. Segundo Venosa (2017, p.111), ao titular da posse é conferido um direito subjetivo, um poder relativo à coisa diante da sociedade.

De acordo com Cretella Jr e Agnes Cretella (2004, p.220), traduzindo as institutas de Gaio, os interditos possessórios se dividiam para aquisição, conservação ou recuperação da posse. O interdito para aquisição da posse, também chamado de Salviano, era utilizado pelo proprietário do terreno para reaver as coisas do colono. O juiz concedia o interdito restitutivo ao esbulhado violentamente da coisa possuída. Já o interdito conservador era utilizado quando havia disputa entre as partes em relação à propriedade e havia a necessidade preliminar de determinar qual dos litigantes deveria possuir a coisa.

Com o passar do tempo, leciona Caio Mario Silva Pereira (1993, p.49) houve a desnecessidade de debate da questão de fundo alusiva à propriedade do imóvel.

A proteção possessória, sendo complementar da petítória, funda-se no fato da posse, e a petítória no título de domínio. Assim, cuida da proteção possessória, “*ius possessionis*”, primeiramente, pela proteção preventiva contra ameaça de esbulho ou turbação, pelo interdito proibitório. De outro giro, quando se ultrapassa a seara da mera ameaça, emergem as ações de manutenção e reintegração de posse como instrumentos (WALD,2002, p. 88). Essa é a distinção entre o juízo petítório e o possessório, assim leciona Leandro Antonio Pamplona (2012,p.95):

Nas chamadas ações petítórias (*petitorium iudicium*), leva-se em conta o direito de propriedade. As petítórias são fundadas no *ius possidendi* onde o possuidor tem a posse e também é proprietário. São exemplos de petítórias a ação reivindicatória e a imissão de posse.

Se outra banda, as ações possessórias se fundam no *ius possessionis*, que é o direito no fato da posse. Temos como exemplo de possessórias a manutenção e a reintegração de posse, além do interdito proibitório.

Nas demandas possessórias, o interesse processual do demandante resulta da enunciação dos fatos de que foi ofendido no exercício da sua posse, em razão da prática de um ato de esbulho, turbação ou ameaça, e necessita da intervenção jurisdicional para proteger o seu direito de posse, sendo que, com amparo no art. 1.210 do Código Civil, cada uma das espécies de ofensa sofrida corresponderá a uma demanda diferente ou seja, respectivamente, reintegração, manutenção ou interdito proibitório, feitas as considerações preambulares das ações possessórias, faz-se mister resenhar as ações típicas de proteção de posse de *per si*.

A manutenção da posse está associada a turbação da mesma. O possuidor, acometido de embaraço no exercício de sua condição, mas sem perdê-la, peticiona ao juiz que lhe expeça mandado de manutenção, fazendo provada existência da posse, e a moléstia. Não se vai debater a qualidade do direito do turbador, nem a

profundidade ou natureza do dano, porém o fato em si, molestando da posse (PEREIRA, 2017, p.65).

Nas palavras de Pontes de Miranda (2001, p.275) quem está na posse, sem que a houvesse tirado de quem vem turbar, tem o direito de ser mantido. Em outras palavras, destaca Pamplona (2012, p.95) invoca que, nessa perspectiva, a sentença mantenedora da posse deverá restituir ao *status quo ante*, com a cessação da moléstia, inclusive a demolição de obras realizadas pelo turbador. Vejamos o que leciona o autor: “Manter é *manum-tenere*, ter mão, como em manobrar, manipular, e, até, na língua francesa, para se agarrar o presente, se usou e usa *maintenant*”.

Reintegrar na posse é expressão com que nos referimos, hoje, a recuperação. A ação de reintegração de posse decorre do esbulho. Esbulho existe quando o possuidor fica injustamente privado da posse (PAMPLONA, 2012, p.98). De acordo com Tito Fulgêncio (1995, p. 145), a palavra esbulho designa o ato de tomar alguma coisa de alguém contra a sua vontade, sem legítima autoridade ou direito, de modo que, aplicada à posse, delimita a injusta privação da posse, no todo ou em parte.

Leciona Silvio Venosa (2017, p.140) que inexiste a necessidade de que o desapossamento decorra de violência, haja vista que, nesse caso, o possuidor está totalmente despojado do poder de exercício de fato sobre a coisa.

Na reintegração busca-se a realização do princípio canônico expresso pelo adágio *spoliatus ante omnia restituendus*, ou seja, o espoliado, antes de tudo, deve ser restituído contra qualquer espoliador (GONÇALVES, 2009, p. 335). Pontifica Pamplona (2012, p.95) que artigo 927 do Código de Processo pátrio enumera seus requisitos, ou seja, a posse do autor; o esbulho praticado pelo réu; a data do esbulho; a perda da posse, na ação de reintegração. O objetivo imediato da sentença é restituir a coisa ao esbulhado, e, ou o seu valor no caso de sua inexistência.

Comentando o interdito de reintegração de posse, Renan Falcão de Azevedo (1987, p. 140) afirma que ele resulta de “dois pressupostos fundamentais”: “a) a existência de uma posse anterior; b) o esbulho desta posse, praticado por outrem, destruindo a relação possessória anterior, que vinculava o possuidor ao objeto.”

Quanto aos contornos distintivos entre a ação de reintegração de posse e a de manutenção, Ovídio Araújo Baptista da Silva (1989, p.243) a distinção se faz segundo a intensidade da respectiva agressão à posse. Consoante o autor, na manutenção se pressupõe que o possuidor foi vítima de um simples incômodo em

sua posse, sem ser privado do exercício, ou seja, será apenas mantida a posse já existente e que nunca deixou de existir, mas que foi temporariamente incomodada. Por outro lado, na ação de reintegração o possuidor perde ainda que parcialmente a posse em virtude da agressão do esbulhador.

A diferença entre turbulência e esbulho reside na permanência ou não do possuidor ofendido na posse da coisa. Nesse sentido, a turbulência se transforma em desapossamento no momento exato em que a vítima é desalojada da posse da coisa, mesmo que a perda seja apenas de uma parte do móvel, esbulho parcial, uma vez que, em relação à área tomada, o possuidor foi privado de sua posse na sua totalidade (NETTO, 2013, p. 116). O interdito proibitório contempla a possibilidade de defesa contra uma ameaça de turbulência ou desapossamento. Antes mesmo que a turbulência ou desapossamento ocorra, é possível a defesa da posse. Tem, portanto, natureza premonitória, evitando que se consuma a violação da posse (BARROS MONTEIRO, 2015, p. 47).

Por esse ângulo, Farias e Rosendal (2017, p. 217): “Diferentemente das demandas de reintegração e manutenção, nas quais há uma moléstia à posse já concretizada, no interdito proibitório a agressão é apenas temida, sem que tenha ainda se efetivado.”

Em outras palavras, ao se reportar ao interdito proibitório, tem-se em mente o manejo de tutela satisfativa de caráter inibitório haja vista que mera ameaça, por si só já constitui forma de violação ao direito do possuidor.

### 3.4 PERFIL DOGMÁTICO DA LIMINAR POSSESSÓRIA: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTO PROCESSUAIS

Primeiramente, é mister salientar que dentre os aspectos processuais que integram o estudo das ações possessórias, destaca-se a tutela de urgência da posse. Seguindo esse raciocínio, a escolha para um estudo imersivo na liminar possessória tem sua importância datada do direito romano, cuja contribuição, trouxe fundamentos básicos para a análise do próprio institutotutela provisória.

Em outras palavras, a princípio, aborda-se a raiz histórica da técnica de antecipação da tutela, na perspectiva de sua íntima relação com o procedimento interdital do direito romano, sobretudo com os chamados interditos possessórios,

que tiveram ampla recepção no ordenamento jurídico luso-brasileiro. Nessa perspectiva, Ovídio Batista (2003, p. 126) apresenta a seguinte reflexão:

De um modo geral, os interditos provenientes do direito romano permitiam outorgar ao autor uma decisão liminar que antecipava o resultado da futura sentença de procedência, correspondendo, assim, “a uma ação sumária com redução da controvérsia processual, decorrente da superficialidade da cognição do pretor”, por meio da qual se dava proteção a variadas situações jurídicas, especialmente as de direito público, incluindo a posse.

Nessa senda, os interditos provenientes do direito romano constituíram a base epistemológica para o estudo das tutelas provisórias considerando que, inicialmente, o seu estudo se circunscrevia as liminares possessórias. Em decorrência dessa relação histórica entre posse e tutela antecipada, Medina, Araújo e Gajardoni (2010, p. 261) salientam que: “as ações possessórias são examinadas como meio embrionário de concessão de liminares, através da criativa atividade dos pretores romanos que desenvolveram os *interdicta*.”

Pontifica Joel Figueira Jr (1999, p.193) que a urgência em tutelar a posse decorre de fatores históricos, legais e, sobretudo, socioeconômicos, em face da exigência de perfeita estabilidade das relações de intervenção fático-potestativas formadas entre o titular da posse, o bem objeto desta relação e a sujeição de terceiros, pertinentes a esta situação que, na hipótese de afronta do equilíbrio do sistema pela prática de ilícitos, requer a sua pronta manutenção ou restauração.

Em outras palavras, a determinação imediata, urgente, não se dirige tanto à tutela provisória que poderia ser o direito da parte, mas a fazer permanecer a situação de fato existente antes da lesão, assim como *prima facie* aparece ao magistrado, isto é, destina-se a salvaguardar provisoriamente o *status quo ante molestado* (PROTETTI, 1983, p. 528-529).

Acentua Ovídio Batista (1989, p. 263), comungando com a mesma ideia, Athos Gusmão Carneiro (2005, p.113), que, as liminares possessórias não são cautelares, sobretudo por duas razões fundamentais:

a) a concessão dessas liminares não exige a existência do que a doutrina considera essencial para a tutela cautelar, indicado como *periculum in mora* e que nós preferimos chamar dano irreparável; b) as liminares possessórias têm caráter antecipatório das respectivas sentenças de procedência, o que, por si só, já seria suficiente para excluí-las da categoria das cautelares.

Nessa toada, Pontes de Miranda (1977, p.290) já entendida a manutenção ou a reintegração *initio litis*, como, adiantamento da decisão destacando seu contorno

satisfativo. Acentua o autor que na ação de manutenção, adianta-se mandamento, na de reintegração, adianta-se execução.

Ovídio Batista (1993,p.32) destaca, em sede de tutela provisória nas ações possessória as peculiaridades de “ato causa” e “ato que realiza”. Vejamos:

Podemos dizer então que as liminares possessórias apresentam-se com duas peculiaridades: “a) é ‘ato da causa’, no sentido de que o magistrado somente poderá concedê-la porque a demanda contém essa eficácia, porque tal eficácia é parte integrante da própria demanda; b) é ato que ‘realiza’ a pretensão fundamental formulada pelo possuidor que se diz esbulhado, qual seja, a recuperação da posse da coisa de que ele teria sido privado em virtude do esbulho. Quando o autor da ação de esbulho possessório vai a juízo com esta ação, o que ele deseja acima de tudo é a reintegração de posse. Este é o efeito mais evidente e relevante da ação. Se ele o obtém através de uma medida liminar, devemos considerar este provimento como antecipatório da sentença de procedência e, sendo antecipatório, será necessariamente ‘satisfativo’ do ‘direito provável’ do autor.

Ultrapassada a análise acerca da natureza cautelar ou satisfativa da liminar possessória, é mister fazer a imersão se a referida tutela é de urgência ou evidência.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 339), citando Adroaldo Furtado Fabrício (2003, p.55), esclarece que a antecipação provisória da solução postulada se funda ora na urgência na entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe. E como exemplo de situação vinculada apenas ao valor evidência, tem-se a liminar possessória, na qual o legislador levou em conta peculiaridades da relação de direito material para dispensar o risco de dano.

Com efeito, partindo da análise dos artigos 561 e 562, observa-se que a liminar possessória guarda identidade com a tutela de evidência.

Lecionam Cabral e Cramer (2015, p.1767) que trata-se de uma tutela de evidência, cujos requisitos, não seriam os do artigo 311, mas sim os do artigo 561 do Código de Processo Civil. Assim, partindo de uma análise perfunctória do artigo 561 do *códex* pátrio, observa-se que o autor deve provar a sua posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, a data da turbação ou do esbulho; a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração. Dessa forma, o *periculum in moranão* precisa ser provado para a postulação da liminar, o que se constata uma natureza jurídica de tutela de evidência.

A natureza jurídica de tutela de evidência para a denominada “liminar” a que faz referência o artigo 562 do *códex* não de identifica apenas por não ser exigida a demonstração do *periculum in mora*. Dessa forma, não é suficiente a mera

plausibilidade da pretensão, é necessário trazer aos autos evidências que demonstrem maior probabilidade de estar havendo ou de ter havido violação possessória datada de menos de ano e dia.

Uma explicação para a tutela de evidência possessória ter contornos próprios, e seguir os requisitos do artigo 561 e 562 e não os do artigo 311 do *códex* tem ligação, como aponta Leonardo Greco (2015, p.26), com a qualidade do direito postulado, o que repercute, inclusive, na tipologia probatória. Silvio Venosa (2017, p. 38) trabalha a natureza jurídica da posse a partir de uma teoria da aparência, ou seja, a sua confirmação a partir de elementos externos, melhor dizendo, o comportamento do possuidor como se proprietário fosse. Nessa toada, a prova testemunhal seria a prova por excelência para atestar a máxima probabilidade do direito requerido de forma que a exigência restrita de uma prova documental robusta, a que alude do artigo 311, não seria suficiente para demonstrar a evidência.

Nessa urdidura, lecionam Marinoni e Arenhart (2009, p.95) que o *periculum in mora* nos pedido liminar possessório já é presumido pelo legislador, de forma que, a exigência legal de se provar a urgência para deferimento da tutela não é exigido. Vejamos a conclusão dos autores:

(...) pode-se afirmar que, no sistema atual, a grande diferença entre as ações de força nova e as de força velha, em matéria possessória, está nos requisitos a serem demonstrados para a concessão da tutela liminar possessória. Para a ação de força nova, tem-se prova mais simples, já que bastará a demonstração da posse — estando o risco de demora presumido pelo legislador.

Patricia de Arruda Pereira (2020, p.103) entende que as tutelas provisórias nas ações possessórias são tutelas de evidência. Vejamos:

Destarte, a liminar possessória trata-se, verdadeiramente, de uma hipótese de tutela provisória da evidência que não se encontra nos incisos do art. 311 do CPC, mas inserida em um procedimento especial. Eis que, para sua concessão, basta a demonstração de elementos específicos relacionados à situação possessória e à data de sua violação, previstos pelo legislador para qualificar a probabilidade do direito alegado, e que justificam o adiantamento na entrega do bem da vida almejado, transferindo à outra parte o ônus de suportar o tempo de duração do processo.

Na mesma toada, Teori Zavascki (1997, p. 29) sustenta que, na liminar possessória, há uma urgência presumida pelo legislador para atender à propensão de riscos de danos inerente aos conflitos de natureza possessória. Segundo o autor, a urgência fica configurada pela necessidade de evitar o dano potencial, inerente à

natureza da relação possessória, e sob esse viés, seria ininteligível afirmar que a liminar na ação possessória não está pautada em situação de urgência.

Feitas as considerações a respeito da natureza jurídica da liminar possessória, resta de importância destacar uma análise pertinente quanto a decisão referente a mesma e os possíveis riscos que dela irradiam com relação ao réu. Assim, na ótica de Pontes de Miranda (1977, p.62), a decisão que apreciou pedido de tutela urgente é considerada como uma *sentença liminar* já que a partir da mesma, ao se conceder o provimento operaria ao autor a reintegração, por exemplo, da mesma forma que lhe fosse concedida a sentença definitiva. É cediço que o magistrado, ao apreciar um pedido liminar de uma ação possessória de força nova, não está obrigado a dar o máximo postulado, porém, como é exigido a prova da posse para tal pleito, normalmente, decide-se no máximo pretendido. Dentro dessa perspectiva, reside os riscos para a pessoa do demandado, haja vista que, suprimida quaisquer hipóteses de formação de contraditório no procedimento esculpido do artigo 562 do Código de Processo Civil, o magistrado, convencido da prova da posse apresentada unilateralmente pelo autor, concede o máximo peticionado determinando a retirada do réu do imóvel, o qual, muitas vezes, detentor da razão, é obrigado a esperar até o fim do processo fora do imóvel.

Ultrapassada a abordagem acerca da natureza jurídica das liminares nas ações possessórias, passa-se a analisar a função da medida liminar possessória em cada espécie de ação possessória.

Por esse ângulo, leciona Marcus Gonçalves (2010, p. 82) que, na ação de reintegração de posse, a liminar deferida é suficiente para que o autor já recupere, desde logo, a posse perdida. Quanto às demais espécies de possessórias, destaca Patrícia Pereira (2020, p.103):

Na hipótese da ação de manutenção, desde a concessão da liminar serão ordenadas as medidas judiciais necessárias para afastar os incômodos e as perturbações ao exercício da posse. E, se for o caso de interdito proibitório, o acolhimento da liminar resultará em imediata expedição de mandado judicial, com o fim de obstar a potencial e iminente moléstia à posse.

Por último, partindo do estudo estrutural das liminares possessórias é mister fazer uma abordagem sobre a necessidade, ou não, de manutenção do procedimento especial das ações possessórias.

Primeiramente, enfatiza Heitor Sica (2012, p. 62), cumpre observar que a existência de procedimentos especiais surgiu em razão da necessidade de adaptar o



modelo básico de prestação da tutela jurisdicional, consubstanciado no procedimento comum, a necessidades específicas de uma determinada situação jurídica material, porém no Direito Processual contemporâneo, é mais adequado permitir-se “a veiculação de uma pluralidade de técnicas processuais diferenciadas em um mesmo procedimento, seja este comum ou especial” (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p.1030).

A partir dessa perspectiva é salutar refletir a forma como se apresenta o regramento postulatório de tutela provisória nas ações possessórias e o seu itinerário de forma a se analisar se seria sugestivo a aplicação de técnica processual diferenciada dentro do próprio procedimento especial a que está inserida.

Assim, se a petição inicial contiver a alegação de que foi intentada dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho, para solicitar a concessão de uma medida liminar, a ação possessória deve seguir o procedimento especial, conforme estabelecido no art. 558 do Código de Processo Civil. Essa é conhecida como ação possessória de força nova, que se diferencia da ação de força velha, na qual o prazo de um ano e um dia após a violência citada na petição inicial já foi ultrapassado, caracterizando uma posse antiga. A ação possessória de força velha não adota o procedimento especial, mas ainda assim possui natureza possessória, conforme indicado no parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil. Seguindo esse raciocínio, há duas oportunidades previstas no art. 562, do Código de Processo Civil para que o juiz profira a decisão acerca do pedido de liminar possessória: ao receber a petição inicial, *inaudita altera parte*, e em audiência de justificação da posse, sendo a audiência, porém, é destinada exclusivamente, para o autor produzir, unilateralmente, as provas voltadas à concessão da liminar (CIMARDI, 2017, p. 123).

De uma análise superficial da ritualística de postulação de liminar nas ações possessórias, observa-se claramente uma posição de vantagem para a parte promovente, haja vista que em toda fase da cognição sumária é vedado ao réuprodução probatória em qualquer circunstância, o que faz sugerir a imersão na temática alusiva a adoção pelo magistrado de técnicas processuais dentro de um próprio procedimento qualificado como uma tutela diferenciada de forma a adaptar, casuisticamente, o procedimento em prol do zelo pelo restabelecimento do equilíbrio processual.

#### **4.0 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS DE FORÇA NOVA E A ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO**

##### **4.1 UMA ABORDAGEM ACERCA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS TUTELAS POSSESSÓRIAS**

Com efeito, o devido processo legal não deve ser observado, unicamente, quanto ao procedimento como um todo, mas com relação a cada fase do processo, dentre estas, a fase da cognição sumária. Quanto a esta particularidade, é mister destacar o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 118):

O devido processo legal processual reflete-se amplamente no direito processual. São exemplos dessa aplicação as ponderações que faz o magistrado quando ministra a tutela específica ou a tutela antecipada. O sentido atualizado do que seja o devido processo legal processual somente se alcança levando-se em conta a amplitude do princípio-síntese em harmonia com os princípios que o informam. Passemos então a pontuar, sob essa ótica, alguns desses princípios.

Nãoconfere o princípio do devido processo legal respostas imediatas aos problemas sociais com os quais se relaciona; antes outorga ao magistrado

elementos dos quais se valerá para aplicá-lo a cada caso concreto, buscando proteger, *in concreto*, os bens e interesses ali juridicamente tutelados de modo abstrato, de forma a possibilitar o desenvolvimento de um processo justo, com a prevalência de atos estatais ou particulares razoáveis e proporcionais (BARREIROS, 2009, p.38).

Considerando que parte considerável da doutrina brasileira, ao dissertar sobre devido processo legal, aspira-se no direito estadunidense; é recomendado análise do tratamento que os Estados Unidos conferem à matéria. Seguindo esse raciocínio, aponta Marcos Eugênio Gross (2011, p. 375) que em 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Goldberg vs. Kelly*, definiu, em dez tópicos, referindo-se ao devido processo legal:

(a) uma notificação adequada, (b) oportunidade de ser ouvido, (c) o direito de apresentar provas, (d) confrontação de testemunhas, (e) direito de inquirir essas testemunhas, (f) divulgação de todos os elementos adversos e direito a um advogado, se assim desejar o cidadão, (h) uma decisão em evidências sólidas e que foram produzidas na audiência.

Dentro dessa perspectiva do direito norte-americano, Nelson Nery Junior (1995, p.36) faz uma análise comparativa do olhar para o processo perante o devido processo legal, revisitando no sentido de que a visão, antes da aplicabilidade da referida cláusula, era limitada, não tendo a mesma acepção de hoje. Menciona o autor:

Após anos de sua aplicação, a cláusula procedural due process alcançou o significado aproximado do que é hoje, consistindo no “dever de propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, quer por meio da previsão de ideais mais restritos, ou seja, princípios da ampla defesa e do contraditório, quer por meio da previsão de comportamentos ou de prerrogativas além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exercer uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos, que tanto podem convergir, quanto divergir relativamente ao fim maior (ÁVILA, 2008, p. 55).

Assim, é possível inferir que do proêmio do devido processo legal decorre o direito ao processo, norteado por todas as garantias acima referidas. Lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p.82) que o direito ao processo não se limita a simples ordenação de atos, haja vista que o encadeamento de atos sem a efetivação do contraditório e produção probatória, o referido direito fica tolhido. Vejamos o ensinamento dos autores:

quando se fala em direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, por meio de um procedimento qualquer: faz-se necessário que o procedimento seja realizado em contraditório e cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, e colaborar na formação do convencimento do juiz.

Assinala Lucas Andrade Pereira de Oliveira (2016, p.3): A cláusula geral do devido processo legal é, indubitavelmente, o ponto de partida de todo o ordenamento processual. Deste modo, aquilo que for entendido por devido processo legal irá irradiar por todo o direito processual. Partindo dessa perspectiva, o *due process* deve ser observado, inclusive, em sede de tutela provisória.

Parte-se do pressuposto de que o conceito de processo deve ser formulado a partir dos princípios constitucionais que constroem a noção do devido processo democrático, não sendo possível que a flexibilização procedimental desnature essa concepção democrática (SANTOS 2016, p. 5). A participação dos sujeitos na construção de um processo que se desenvolve na atual perspectiva do modelo de direito instituído pelo constitucionalismo contemporâneo diverge da atuação nas diversas fases metodológicas anteriores pelas quais experimentou o processo civil (SANTOS, 2017, p.55).

Cuida-se de um novo modelo de processo com a liberdade de participação do juiz e das partes na relação processual, denotando um controle judicial sobre a atividade das partes que devem atuar de forma paritária, isonômica e com diálogo entre si e na relação destas para com o Estado-Juiz, não se limitando a um mero ideal elencado pelo legislador infraconstitucional. E, a esse modelo, pretende-se atribuir o papel de dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, ou melhor, valendo-se da teoria de Cappelletti e Garth (1988, p. 15), usá-lo como técnica de superação de obstáculos ao acesso efetivo à justiça.

A ideia de adequação formal e adaptabilidade procedimental no âmbito processual tem comunhão com a cláusula do “*due process*” e parte da ideia de que não basta um processo legal, mas também um processo justo e adequado, para que

se possa atingir um ideal de protetividade dos direitos fundamentais. Trocando em miúdos, o processo deve ser adequado e justo a fim de se proteger de maneira efetiva o direito reclamado, para tanto deve-se obediência a vários princípios, dentre esses o da isonomia. Daí que o modelo de protetividade dos direitos fundamentais só será alcançado se, por exemplo, não for rechaçado o contraditório (GROSS, 2011, p. 393).

Registam Marinoni e Mitidiero (2012, p. 617) as consequências do confronto do devido processo legal com a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, ensinam os referidos autores que o devido processo justo é uma espécie de parâmetro e tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional, exigindo um aperfeiçoamento do mesmo. Assim sendo, na falta do legislador ordinário quanto a adequação procedimental aos pilares do “*due process*”, o magistrado operaria o amoldamento do rito. Acentua Ada Pellegrini Grinover (1973, p.16) que no *due process of law*, o componente a que se subordina todo o procedimento sob a ótica da legalidade é a real possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões não permitindo a supressão ou limitação das provas.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2005, p.60) destaca o ensinamento de Watanabe (1987, p.26) no sentido de que o procedimento almejado é aquele que, sem afrontar determinadas garantias da parte, permite ao juiz ter o mais vasto conhecimento acerca do fato controvertido. Assim, faz-se mister que haja uma técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada denominada cognição.

Feitas estas considerações iniciais sobre o procedimento de tutela provisória nas ações possessórias e o seu estudo conjugado com o devido processo legal, deflagra-se a necessidade de análise do princípio da adaptabilidade aplicado ao procedimento liminar possessório.

A importância do procedimento é registrada por Watanabe (1987, p.92), de forma que, segundo o autor sem o procedimento a relação jurídica processual não teria regência. Acentua, porém, o mesmo autor que o procedimento almejado é aquele que, sem violar determinadas garantias do acusado, autoriza ao juiz ter o mais amplo conhecimento acerca do fato controverso. Nesse prumo, faz-se mister que exista uma técnica de adequação do processo à natureza do direito ou aos contornos da pretensão a ser tratado dessa classificação dos procedimentos

especiais e a necessidade de aproximação a ideia de procedimento almejado, Didier Jr, Cabral e Cunha (2018, p. 40) explicam:

Por vezes, o legislador oferece ao autor mais de um procedimento apto a servir de meio para a tutela jurisdicional pleiteada. Há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência. Nesse caso, determinada pretensão, que poderia ter sido proposta via procedimento especial, poderá ser formulada via procedimento comum [...] São exemplos de procedimentos especiais opcionais: mandado de segurança, ações possessórias, ação de consignação em pagamento, Juizados Especiais Cíveis e ação monitória.

Didier, Cunha e Cabral (2018, p. 19) relatam que a busca pela tutela diferenciada resultou no aumento dos procedimentos especiais na sistemática processual brasileira, cuja principal característica consistia em permitir maior adaptação das formas de tutela para ramos do direito toda vez que as especificidades do direito material não se adequassem às estruturas e formatação do procedimento ordinário. Esse movimento revela o reconhecimento de um direito ao procedimento adequado. Entretanto, os autores apontam tendências para a criação de técnicas procedimentais diferenciadas que podem ser inseridas no iter procedimental comum, resultando na desaceleração da criação de novos procedimentos especiais e, até mesmo, na obsolescência destes, prestigiando-se o procedimento comum cada vez mais flexível, consoante preconiza o art. 327, § 2º do Código de Processo Brasileiro.

A doutrina vanguardista, a exemplo de Oliveira (2018, p. 33), Didier Jr., Cabral e Cunha (2018), defende a possibilidade de a parte escolher o procedimento que mais lhe convier, afastando o caráter cogente dos tipos e modelos de procedimentos disponibilizados pelo legislador.

Como apontado por Fredie Didier Jr (2005, p.75).:

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo (...)traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. (...) O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.

Ainda que seja verdadeiro dizer que os procedimentos especiais visam tornar o processo mais efetivo, estreitando a relação entre a estrutura procedimental e a situação apresentada pela demanda, a abordagem contemporânea do processo tem se inclinado a priorizar a criação de técnicas processuais especiais que transitem livremente entre os procedimentos, sejam eles especiais ou comuns, ao invés de

promover a multiplicação de procedimentos especiais definidos em uma lista estrita e extensa (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 100).

Na literatura jurídica contemporânea, o procedimento comum passou a ser visto como habitat adequado à recepção de técnicas de diferenciação da tutela jurisdicional, alterando a visão tradicional de que o procedimento especial era quem detinha o monopólio para a previsão de uma dessas técnicas. Nesse diapasão, passou-se do direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial, não necessariamente inserida em um procedimento especial (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 100).

A elaboração do procedimento deve considerar a natureza e as peculiaridades do objeto do processo ao qual se destina; é importante que o legislador esteja atento a essas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode resultar na verdadeira negação da proteção judicial. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de se encarar este fenômeno (DIDIER, 2006, p. 64).

Sendo o devido processo legal procedimental um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, função integrativa, interpretar as regras que já prevêm elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, função interpretativa, e bloquear a eficácia das regras que prevêm elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade, função bloqueadora (ÁVILA, 2008, p.55). Dentro dessa perspectiva, o devido processo legal tem o condão de integrar uma norma processual deficiente ou omissa, a exemplo de regramento da tutela provisória nas ações possessórias. Seguindo esse raciocínio, e, tomando como base o escólio de Ávila (2008, p.55) a adequação formal *in concreto* pelo magistrado referente ao rito possessório, ou seja, ouvindo o réu e suas testemunhas na audiência de justificação encontra balizamento da na função integrativa e interpretativa do *due process*.

No que se refere a esse particular requisito da flexibilização procedimental, ou seja, da correspondência com o direito material tutelado, no que se refere as ações possessórias, a referida exigência atende em sua plenitude, inclusive, no seio da postulação de tutelas provisórias. Vejamos a observação de Junior Alexandre

Moreira Pinto (2005, p.78): “Entretanto, se por um lado a diversidade do direito material envolvido faz por exigir uma tutela adequada a essa necessidade, por outro não há de se confundir a especialidade com a tipicidade do procedimento.”

E tendo em vista justamente as particularidades materiais das relações de natureza possessória, empenhou-se o legislador processual em prever mecanismos que permitam uma obtenção de tutela jurisdicional mais adequada àquelas especificidades. No âmbito recursal, entende Tereza Wambier (2015, p. 66) que a fuga ao rigor formal se faz presente:

A regra do art. 933 do Novo Código impõe ao relator o dever de intimar as partes para se manifestar sobre a questão prejudicial antes de que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado, ainda que o vício seja constatado apenas durante a sessão de julgamento. O dispositivo, assim, amolda o rito recursal à regra de que as partes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre todos os pontos que possam servir de fundamento para a solução da causa, inclusive os de ordem pública.

Nessa trilha, quando se trata de proteção provisória, o juiz não precisa agir de maneira diferente, podendo deixar de lado a rigidez formal e adotar a flexibilidade em prol da garantia do processo legal adequado. A partir dessa perspectiva, em que o devido processo legal, em especial o contraditório substancial, afeta todos os aspectos processuais, não seria exagero estabelecer uma correspondência entre a fase de cognição sumária nas ações possessórias de força nova, permitindo assim a adaptação dos rituais. Uma forma de flexibilização procedimental judicial é o que acontece no momento de produção de provas que poderá excepcionalmente ser invertida para que se adeque corretamente. O magistrado, diante do caso concreto, deve atentar ao fato de que um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional (DIDIER JR, 2001, p.530).

Ainda sobre a flexibilização dos procedimentos de tutela provisória, é mister destacar que referida operação judicial era algo corriqueiro antes da reforma de 1994 do Código de Processo Civil de 1973, que instituiu na parte geral a tutela antecipada. Rememora Fredie Didier Jr (2001, p.532) que diante de situações fáticas que exigiam um provimento judicial célere, aliado ao fato de que ao Judiciário incumbe prestar a tutela de maneira efetiva, não houve outro caminho para os operadores e aplicadores do direito senão desnaturar o conceito de tutela cautelar, elastecendo-o para vieses satisfativos o que, fora, temporariamente apelidada em decorrência da adaptabilidade da cautelar satisfativa.



Diante do exposto, o devido processo legal obriga ao magistrado a inserção de novas técnicas dentro de um procedimento o que o faz com a devida adequação do mesmo pelo magistrado. Nessa senda, a adequação procedimental no seio das ações possessória se apresenta para solucionar possível desequilíbrio processual no caso concreto, mais precisamente, na audiência de justificação na hipótese de todas as testemunhas autorais forem favoráveis ao mesmo. Nessa situação específica, o réu ficaria situação de total desvantagem, mais especificamente, na etapa da postulação da liminar, haja vista, que o legislador processual subtraiu dele qualquer possibilidade de defesa e erigiu esse hiato de contraditório como regra.

Partindo deste panorama, resta mister explicar a importância do restabelecimento da igualdade processual, principalmente, quanto à produção probatória, haja vista que o magistrado necessita de um arcabouço probatório mínimo de ambas as partes para decidir, e, no contexto das liminares possessórias o autor fica, *in casu*, em posição de total vantagem, haja vista, extirpação de qualquer forma de produção de provas pela parte ré.

#### 4.2 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA PARA A EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS: ANÁLISE PROCESSUAL SOB A PERSPECTIVA DOS “STANDARDS” PROBATÓRIOS.

Especificam Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p.133) que a adequação procedimental como corolário do devido processo legal, atenta, sobretudo, na restauração da obediência ao contraditório. Vejamos:

A adequação do processo ao modelo procedimental previsto em lei significa, portanto, a observância do contraditório. Em outras palavras, a visão do processo como uma entidade complexa inclui a previsão de determinada técnica, indispensável para que os sujeitos envolvidos possam participar do processo. A participação, aqui, é o próprio contraditório, exigido pela ordem constitucional, de maneira que cabe ao procedimento assegurá-lo e adequar os instrumentos necessários para a sua realização.

Nas palavras de Fazzalari, citado por Dierle Nunes (2006, p. 213):

Existe processo, então, quando no iter de formação de um ato existe contraditório, isto é, é consentido aos interessados de participar à fase de reconhecimento dos pressupostos sobre condições de recíproca paridade, de desenvolver atividades da qual o autor do provimento deve levar em consideração, os quais resultados ele pode desatender, mas não impedir.

Assim sendo, o princípio do contraditório é um elemento fundamental do conceito de processo: o processo consiste em um procedimento com a presença do contraditório. De fato, é importante estabelecer a extensão concreta do princípio do contraditório, sua dimensão normativa constitucional e como deve ser efetivado dentro do sistema jurídico processual, a fim de criar o próprio modelo processual pelo qual as partes buscam a proteção de seus direitos e o Estado exerce sua função jurisdicional, cuja legitimidade depende de conceder oportunidades para as partes participarem da construção da decisão (MARINONI *et al*, 2015).

Dessa forma, a observância do procedimento estruturado em contraditório, estipulado pelo texto constitucional e pela legislação processual, é o legítimo mecanismo de proteção dos direitos, que alicerça toda a estrutura processual, como sublinha Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 157):

À base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório.

O princípio do contraditório era concebido pela clássica doutrina brasileira como dever de bilateralidade de audiência, a permitir às partes uma intervenção em reação à ação da outra. Da lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 64):

Princípio do contraditório denota 'princípio da audiência bilateral e encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo'. O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.

Esta visão ultrapassada de contraditório somente pode servir a uma estrutura procedimental orientada para a perspectiva de formação do provimento unilateralmente pelo juiz (THEODORO JR. *et al*, 2016b), em uma concepção fortemente atrelada à ideia antiga de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem interferência das partes (OLIVEIRA, 1993).

O modelo cooperativo estabelecido no Código atual cria uma igualdade cooperativa no processo, com enfoque no diálogo processual, conferindo assim uma nova importância ao papel do juiz. Ele deixa de ser apenas um espectador da disputa entre as partes ou um condutor solitário das direções do litígio, mas sim passa a se incluir entre os participantes desse diálogo processual igualitário (DIDIER JR., 2015). Consequentemente, o modelo cooperativo determina o desempenho de um duplo papel pelo juiz, que deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico somente ao proferir suas decisões (SARLET *et al*, 2015b), como especifica Daniel Mitidiero (2015a, p. 85):

A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, fá-lo de maneira dialogal (art. 139, CPC). Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influências dessas na formação de suas possíveis decisões. [...] A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.

Assim, a regra no processo civil brasileiro é a de que alguém somente pode ter uma decisão judicial proferida contra si após ter sido garantida a chance de ser ouvido (DIDIER JR., 2015, p. 83). Ao mesmo tempo, o art. 9º discrimina em seu parágrafo único as situações excepcionais em que se admite a prolação de decisão contrária à parte ainda não ouvida nos autos, que são as referentes à tutela de urgência, a algumas hipóteses de tutela da evidência e à decisão autorizadora do mandado de pagamento na ação monitória (THEODORO JR., 2016a), situações, portanto, em que a regra prevista no *caput* pode ser protraída em vistas à proteção da efetividade e do resultado útil do processo em função da urgência ou risco de frustração do direito do requerente (CRUZ E TUCCI, 2010). Porém como se observa, trata-se de norma de exceção. À vista disso, a regra prescrita no art. 9º do *códex* de 2015 permite atestar que o sistema consolida o debate prévio à prolação das decisões judiciais como elemento fundamental do modelo procedimental adotado,

com foco na oitiva das partes como componente indispensável à legitimidade formal e material do provimento emanado.

Dessa forma, ao examinarmos em conjunto as disposições dos artigos 7º, 9º e 10º, entre as normas essenciais do processo civil, é possível observar a preocupação do atual Código de Processo em incorporar, à base teórica e normativa do novo sistema processual, a dimensão substantiva do contraditório(WAMBIER *et al*, 2015, p. 67). É o que esclarece Humberto Theodoro Jr. (2016a, p. 86-87):

O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade de oportunidades proporcionadas as litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo uma atividade verdadeiramente dialética, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quando possível. [...] Dessa forma, resta consagrada a imposição legal do contraditório efetivo, para interditar as 'decisões-surpresa', fora do contraditório prévio, tanto em relação a questões novas, como a fundamentos diversos daqueles com que as questões velhas foram previamente discutidas no processo.

Analisada a importância da obediência da igualdade dos procedimentos, passemos a destacar o direito à prova, a paridade de armas no exercício deste direito com afã do magistrado dispor de conteúdo mínimo para ter condições de decidir. Não se pode deixar de olvidar a confrontação com a realidade redacional na norma regente quanto ao procedimento de tutela provisória nas possessórias de força nova.

Aduz o processualista, porém, que só nas últimas décadas a doutrina passou a vislumbrar no texto constitucional o direito à prova, com base nas garantias da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Alinhada com esta nova orientação, pode-se citar a seguinte lição de Antonio Scarance Fernandes (2010, p.71):

No quadro das garantias do devido processo legal, insere-se o direito à prova. Nos Estados Unidos da América constitui-se no *right to evidence*, garantido pela cláusula do *due process of law*. Tem afirmação na jurisprudência da Corte Constitucional italiana e da Alemanha. É objeto de estudo da doutrina estrangeira e nacional. Vem sendo motivo de preocupação de textos internacionais, nos quais é posto como garantia do acusado. Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal ligação, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito subjetivo público ou cívico (FERNANDES, 2007, p. 77-78).

No mesmo sentido, assim se manifesta: Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 46):

A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo.

Destaque-se, dentre tais situações, a previsão do atual Código de que a decisão judicial não será considerada motivada se não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (CÂMARA, 2015). A partir deste viés, e, imergindo na ação de força nova, como o magistrado iria ter possibilidade de averiguar quem de fato exerce a posse sem ter acesso a prova oral de ambas as partes?

Logo, a fundamentação da decisão há de deixar de ser vista como expressão apenas da concepção do juiz e, assim, como mecanismo formal de legitimação de um entendimento previamente determinado, antes da discussão processual, mas deve constituir meio de garantir a contemplação dos aspectos relevantes e racionais aventados por todos os sujeitos processuais, como exige o princípio do contraditório substancial (THEODORO JR. *et al*, 2016).

Para respeitar este preceito, o órgão jurisdicional deve manifestar-se necessariamente sobre fatos e direito, isto é, sobre o contexto fático-probatório e sobre os argumentos jurídicos debatidos em juízo, inclusive sobre elementos que não levou em consideração para tomar a decisão que, caso acolhidos, pudessem importar uma decisão diferente da proclamada (WAMBIER *et al*, 2015). Um ponto que merece ser destacado quanto à possibilidade do magistrado oportunizar ao réu a produção de provas na fase de cognição sumária das demandas possessórias é a análise do instituto do “standards” ou estândares probatórios à luz do devido processo legal.

O *standard* probatório deve ser compreendido, no escólio de Ravi Peixoto (2021, p.586), como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada. A título exemplificativo, se o estândar probatório consiste na preponderância da prova, a hipótese fática deve, no mínimo, atingir esse grau de suficiência para que seja tida como provada.

Prossegue Peixoto (2021, p.586) afirmando que o devido processo legal, compreendido em seu elemento de imparcialidade e de impedir restrições irracionais, exige que um mesmo standard seja aplicado a um mesmo grupo de fatos e que seja de prévio conhecimento das partes. Dentro dessa perspectiva, a aplicação do *standard* probatório tem íntima correspondência com o devido processo legal.

Transportando esse entendimento para a seara das ações possessórias de força nova, observa-se que, caso o magistrado colha provas do réu atinentes a posse e ameaça ou violação desta, esta decisão seria relativa ao preenchimento do *standard* probatório, haja vista que a hipótese de quem seria o possuidor, atingiria, no mínimo, esse grau de suficiência para que seja tida como provada, e, conseqüentemente, traria uma maior segurança jurídica para o magistrado deliberar sobre o pedido liminar. Nessa linha, conforme já mencionado, a posse é provada, por excelência, pela prova testemunhal, haja vista a externalidade inerente a mesma, de forma que, em situação específica, inexistiria o *standard* probatório, no caso do magistrado ouvir, apenas, as testemunhas do autor. e todas forem favoráveis ao mesmo quanto ao seu exercício da posse.

Observa-se que esta realidade de igualdade probatória e arcabouço probatório mínimo para decidir, ou seja, “*standards*” probatório merece ser confrontada com a realidade do procedimento possessório, e, com esse confronto, resta evidente a possibilidade, *in casu*, de um desequilíbrio processual evidente.

#### 4.3 DA ANÁLISE ESTRUTURAL DO PROCEDIMENTO DE POSTULAÇÃO DA LIMINAR NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS DE FORÇA NOVA E SUA ADEQUAÇÃO FORMAL *IN CASU* AO LUME DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

##### **4.3.1 Prolegômenos dos aspectos rituais estampados nos artigos 561 e 562 do *códex*/15**

Consoante Nelson Nery Junior (2018, p. 1404) as possessórias se caracterizam pelo pedido de posse com fundamento no fato jurídico posse. Para tanto, existe procedimento próprio de proteção possessória, o qual, assim como qualquer outro, oportuniza o pleito de tutela antecipada, consoante determina o artigo 561 do Código de Processo Civil.

Nos termos dos artigos 561 e 562 do Código de Processo Civil de 2015, a liminar possessória será deferida sempre que a demanda se revestir de força nova, ou seja, quando o ato ilícito prover de menos de ano e dia. Nesse sentido, Júnior Alexandre Moreira Pinto (2005, p.76) destaca a especificidade e o efeito prático da referida liminar:

A especificidade dessa liminar na ação possessória reside assim, nas ações de força nova, na dispensa em um dos requisitos. Diante de uma boa presunção de existência do direito almejado, imposto pela prova da ofensa à posse advinda de menos de um ano e um dia, garante-se o efeito prático da decisão futura.

Passado o ano e dia, a posse passa a ser velha, não cabendo mais a liminar do procedimento específico. O tempo que caracteriza a posse velha configura a inércia do interessado e, por consequência, vai ao encontro ao princípio da *quieta non movere*. A situação é similar à que ocorre na *suppressio* (PAMPLONA, 2012, p.110).

Assim, o que varia entre elas, conforme tenha ou não passado ano e dia, é o procedimento, ou melhor, são as técnicas processuais cabíveis para tutela do direito de posse. Daí a razão para Pontes de Miranda (2012, p. 409) referir-se ao tempo de ano e dia como prazo preclusivo da especialidade da forma processual. O procedimento para a postulação de liminar no atual código, reiterou a ritualística apresentada pelo Código de Processo Civil de 1973, afastando o diminuto resquício de contraditório outrora previsto no códex de 1939. Nessa vereda, de acordo com o artigo 562 e seguintes do Código de Processo Civil, quem ingressa com a referida ação, dentro de um ano em dia, pode postular a tutela, porém, caso o magistrado entenda pela necessidade de produção de prova oral, para comprovar a existência do exercício da posse, determinará a audiência de justificação para o autor, unilateralmente, produzir prova testemunhal, e, neste ato poderá conceder ou não a liminar.

Leciona Nelson Nery (2019, p.1404) que se a parte demonstrou na inicial que a posse é de força nova e que o procedimento adotado, por consequência, é o especial, nada impede que o juiz conceda a liminar ainda que ela não tenha sido pedida na inicial. O juiz pode concedê-la “*ex officio*”, em homenagem do princípio do impulso oficial. Nesse particular, adverte Marinoni, Arenhart e Mitidiaro (2015, p.610) que a concessão “*inaudita altera pars*” da liminar ora postulada, não se daria de

forma automática, mas sim, mediante análise deprova documental, anexada com a petição inicial, capaz de atestar, os requisitos do art. 561, Código de Processo Civil:

A concessão da tutela possessória antecipada, todavia, nada tem a ver com a juntada dos documentos que necessariamente devem acompanhar a petição inicial, como o instrumento da procuração outorgada ao advogado. Ao aludir à petição inicial devidamente instruída, o art. 562, CPC, quer esclarecer que para a concessão da tutela antecipada é imprescindível prova documental, juntada com a petição inicial, capaz de demonstrar, ainda que sumariamente, os requisitos do art. 561, CPC. Existindo prova documental capaz de formar convicção suficiente acerca da presença dos requisitos do art. 561, CPC, o juiz tem o dever de conceder a tutela possessória na forma antecipada.

Nesse primeiro momento, é oportuno uma crítica regimento de liminar na ação possessória em permitir a concessão da posse em cognição sumária com embasamento apenas em prova documental e sem contraditório, o que iria de encontro com a própria natureza da tutela de evidência, partindo de um olhar analógico ao artigo 311, inciso IV. Ou seja, malgrado o regimento da evidência das tutelas possessórias de força nova esteja estampado no artigo 561 do código de processo civil, caso fossem utilizados os critérios gerais da tutela de evidência do artigo 311, em particular o do inciso IV, que muito se assemelha a da primeira parte do artigo 562, necessitar-se-ia de observância e zelo pelo contraditório, o que resultaria na impossibilidade da forma *inaudita altera pars*.

Seguindo esse raciocínio, não estando instruída a inicial com a prova documental a audiência de justificação seria o próximo passo para o magistrado constatar ou não a evidência do direito. Nessa urdidura, alguns aspectos da audiência de justificação merecem ser enfrentados. Com efeito, a razão para tal direcionamento processual, tem como lastro, a ambivalência residente nas ações possessórias e o fato da posse, pela necessidade de sua externalidade, ser provada por prova testemunhal. Nessa perspectiva, embora a audiência de justificação referenciada no art. 562 do código de processo civil não seja obrigatória, os contornos externos da posse são identificados, de regra, pela prova testemunhal.

Seguindo esse prumo, ensina Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 38) que a posse trata de estado de aparência, e, para tanto, necessita ser provada. Como consequência lógica, considerando o entendimento do autor ser a posse uma situação de fato, a prova testemunhal ganha destaque.

Leciona Venosa (2017, p.38):

Protege-se o estado de aparência, situação de fato, que pode não corresponder ao efetivo estado de direito, o qual poderá ser avaliado, com



maior amplitude probatória e segurança, posteriormente. Assim, a situação de fato é protegida, não somente porque aparenta um direito, mas também a fim de evitar violência e conflito.

Leciona José Eduardo Carreira Alvim (2016, p. 253) que sendo a posse um estado de fato, que não depende de documento o mesmo acontecendo com a turbação e o esbulho, situações igualmente fáticas, que, na grande maioria dos casos, não se apoiam em prova documental, o pedido de liminar possessória virá precedido de audiência de justificação prévia.

Dessa forma, a primeira parte do art. 562 do Código de Processo Civil que possibilita a concessão de tutela provisória em ação de posse nova com suporte, apenas, em prova documental, à luz do direito material debatido, ou seja, a proteção daposse, não teria sentido.

Seguindo o raciocínio, depreende-se do art. 562 do Código de Processo Civil que caso o magistrado entender que os requisitos do art. 561 não estão demonstrados de modo satisfatório, poderá determinar que o autor justifique previamente o narrado, designando para tanto, audiência de justificação. Essa audiência, consoante Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.610), apenas deve ser designada se o juiz não se convenceu de modo suficiente acerca do cumprimento dos requisitos do artigo 561.

Sobre essa especificidade da norma, acentua Araken de Assis (2015, p. 432) que seria um dever a designação da audiência de justificação e não uma faculdade do magistrado. Prossegue o autor afirmando que, independente do pedido do autor, o juiz deverá designar a audiência de justificação prévia. É mister salientar que em demandas onde a prova oral é a mais adequada ao direito material aplicado a espécie, urge-se a necessidade de constituição dessa prova e não uma faculdade conferida ao magistrado.

Prosseguindo o rito de postulação da liminar nas ações possessórias, ao designar a audiência de justificação, o art. 562 reporta a citação. Nesse espectro, pontua Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 610) que a citação é o ato pelo qual o réu é chamado a juízo para participar da relação processual em regra, oferecendo resposta, em contrapartida, nesse caso específico da possessória, esclarecem os autores que o réu não é convocado para se defender, mas sim para participar da audiência de justificação o que denota a impropriedade da natureza do ato de comunicação processual.

Em seguida, resta calhar a forma de participação do réu na referida audiência de justificação. Em decorrência da natureza do ato da justificação, o autor, nessa assentada, teria a oportunidade de ouvir as testemunhas arroladas as quais irão depor acerca da prova da posse e caracterização do esbulho, turbação ou ameaça da mesma, e o réu resta acatar a posição de mero telespectador, sem opção de produção probatória. Dentro desse contexto, destaca Nelson Nery (2019, p. 1404):

Se isto ocorrer, o juiz determinará a citação do réu para comparecer à audiência de justificação da posse. Esta audiência tem a única finalidade de dar elementos de cognição ao juiz, absolutamente sumários, a fim de que examine a possibilidade de conceder ou não a liminar. A prova, portanto, é exclusiva do autor. O réu, comparecendo à audiência, poderá reperguntar. A ele não é lícito, contudo, arrolar testemunhas nem requerer o depoimento pessoal do autor.

Conforme já mencionado, o Código de Processo Civil de 1939 contemplou mais o contraditório no procedimento possessório que os posteriores.

Nesse sentido vaticina Joel Dias Figueira Junior (1999, p.132) que o legislador de 1939 estatuiu que o autor de força nova, não alcançando a demonstração da prova da posse o perigo de dano pela prova documental, era facultado ao magistrado a oitiva do réu para fins de elucidação da decisão liminar.

Observa-se, que diferentemente, do referido diploma da década de trinta, o Código de Processo Civil de 2015, assim como o de 1973, praticamente, rechaçou o contraditório do rito possessório, mais especificamente, na fase de cognição sumária.

É certo que o magistrado em qualquer provimento liminar não está obrigado a dar o máximo pretendido, o qual, no seio das ações possessórias de força nova, representaria o reconhecimento da posse, porém, a importância de uma participação maior do réu no procedimento, seja reperguntando, seja produzindo prova oral em sede de justificação diminuiria os riscos para o mesmo, no caso o juiz opte em decidir pela proteção possessória.

Mais do que isso, o artigo exige, para a concessão da liminar *inaudita altera pars*, que a petição inicial seja acompanhada da prova documental dos elementos fáticos indicados no art. 561 do CPC, quais sejam: o exercício da posse pelo demandante, o ato atentatório à posse praticado pelo demandado com a data de sua concretização e a permanência da respectiva moléstia (COSTA, 2012, p. 43). Conforme adverte Ovídio Baptista (2000, p. 271), o legislador imprecisamente

referiu-se à petição devidamente instruído para significar uma produção liminar suficiente de prova documenta.

Aduz James Eduardo Oliveira (2013, p. 221) que, compreende a audiência de justificação como ato integrante do procedimento especial, plasmado com o escopo de ampliar as possibilidades probatórias do demandante. Nessa vereda, leciona Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 183) que a citação do requerido se dá apenas para que ele acompanhe a audiência, participando, não sendo ainda o momento apropriado para produzir provas em sua defesa. De acordo com Nelson Nery (1988, p.177), partindo da letra da lei, não é lícito ao réu requerer o depoimento pessoal do autor e nem de produção de prova testemunhal no ato.

Diante da realidade normativa do artigo 562 do código de processo pátrio, emerge trazer a teoria de Cappelletti e Garth (1988, p. 15) na qual destaca a necessidade de um novo modelo de processo com a liberdade de participação do juiz e das partes na relação processual, denotando um controle judicial sobre a atividade das partes que devem atuar de forma paritária, isonômica e com diálogo entre si e na relação destas para com o Estado-Juiz, não se limitando a um mero ideal elencado pelo legislador infraconstitucional. E a esse modelo pretende-se atribuir o papel de dar efetividade à prestação da tutela jurisdicional, usá-lo como técnica de superação de obstáculos do acesso efetivo à justiça.

O procedimento adotado para as ações possessórias de força nova, como espécie de procedimento especial, cuida-se, assim, de hipótese de tutela diferenciada, a qual adere a instrumentalidade das formas (AMENDOEIRA JR., 2008, p. 11). Leciona Machado (2013, p. 72) que em casos tais, o sistema processual disponibiliza ao interessado vários caminhos para a tutela do mesmo objeto litigioso, isto é, várias técnicas processuais simultaneamente admissíveis e idôneas para tutelar a mesma pretensão, com a mesma aptidão de conceder a tutela jurisdicional a quem tem direito, e que podem ser escolhidas pelo demandante à luz da conveniência.

Nesse prumo, considerando-se tratar o rito possessório como uma tutela diferenciada, é mister ter em vista a necessidade de adequação ao direito material discutido sem dissociar-se do equilíbrio processual. Não basta uma tutela diferenciada esculpida em um procedimento especial harmonizar-se com direito postulado se não atende aos reclames de um processo devido, o qual proclama a igualdade não só no viés formal, mas também na perspectiva substancial.A

legitimidade de um procedimento especial, a exemplo do procedimento de demandas possessórias, em todas as suas fases, é auferida pelo atendimento aos meandros do devido processo legal.

Seguindo esse raciocínio, desde o Código de Processo de 1973, ou seja, há praticamente cinquenta anos, o réu das ações possessórias de força nova é obrigado a conviver com situação constrangedora, ou seja, de ver o autor, na maioria das vezes, obtendo, ao máximo, a liminar possessória concedida ao seu favor, haja vista que só a este é permitido a produção probatória nesta fase de cognição sumária. Diante do exposto, emerge-se a necessidade da imersão no estudo do devido processo legal, em cuja essência toda legislação infraconstitucional deve se conformar.

Ora, o Juiz no Estado Democrático não pode ser o mero aplicador da lei, porque de fato constitui o verdadeiro provedor da justiça, estando assim, vinculado à cláusula do devido processo legal, que o condiciona na condução dos processos. De fato, além de ter a sua disposição amplos poderes instrutórios do processo e coativos para fazer cumprir a obrigação, o juiz deve procurar sempre o escopo final do devido processo legal, que é a pacificação do conflito com justiça (TAKOI, 2009, p. 283).

Ao lume do artigo 562 do Código Processual pátrio, auferem-se uma anacronia normativa ao se extirpar qualquer possibilidade de produção probatória por parte do demandado na etapa postulatória referente a tutela de evidência. Seguindo esse raciocínio, ou seja, de se analisar o *locus* processual de observância do devido processo legal, é plenamente possível se averiguar, em hipótese específica, *in casu*, a sua observância no âmbito das tutelas de evidência, inclusive, no que tange a possibilidade de observância mínima do contraditório.

#### **4.3.2 Da decisão que determina a realização de audiência de justificação e análise da possibilidade de arrolamento de testemunhas pelo réu**

O nascedouro da necessidade de ocorrência da audiência de justificação possessória emerge da instrução isquêmica da inicial quanto a prova documental para o pleito da liminar possessória, ou seja, da tutela de evidência. Seguindo esse raciocínio, ao lume do artigo 562, o magistrado determina a realização da audiência de justificação para o autor, através da prova testemunhal prove que seu direito a

proteção possessória é evidente e determina a citação do réu para comparecer a mesma.

Dessa forma, o que se espera no final da referida audiência de justificação é uma decisão que acolhe ou não acolhe pedido de tutela de evidência. Trata-se de uma tutela de evidência, cujos requisitos, na ótica de Cabral e Cramer (2015, p.1767) não seriam os do artigo 311, mas sim os do artigo 561 do Código de Processo Civil.

Seguindo esse raciocínio, a decisão judicial que estabelece a realização da audiência de justificação de posse, dispõe do comando de citar o réu para estar presente ao ato. Nesse caso, pela literalidade do artigo 562, o réu não seria citado para se defender, mas para acompanhar a audiência de forma que aludida citação tem roupagem de intimação. Nessa senda, pontua Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 610) que a citação é o ato pelo qual o réu é chamado a juízo para participar da relação processual em regra, oferecendo resposta, em contrapartida, nesse caso específico da possessória, esclarecem os autores que o réu não é convocado para se defender, mas sim para participar da audiência de justificação o que denota a impropriedade da natureza do ato de comunicação processual.

Com efeito, a norma processual não veda possibilidade do réu peticionar no sentido de fornecer rol de testemunhas. No tocante a este ponto, inexistente qualquer impedimento legal a que a parte requerida, uma vez citada atravesse petição arrolando testemunhas para comparecer em audiência de justificação.

Nesse prumo, caso o magistrado indefira a petição do réu que arrola testemunhas para a audiência de justificação, nada impede que o mesmo maneje agravo de instrumento. A oferta do instrumentalizado, justifica-se pelo fato de que todas as testemunhas do autor serão ouvidas no ato, o que pode, *in casu*, colocar o réu em uma situação de desvantagem considerando que, concedida a liminar, o demandado terá que retirar-se do imóvel e ficar fora dele até o fim do processo.

É mister destacar que não labora equivocadamente o magistrado que, na decisão que determina a necessidade de realização da audiência de justificação possessória, oportunize ao réu arrolar testemunhas. Agindo assim, remediará possível situação de desequilíbrio processual futura, haja vista, oportunizaria ao demandado, em uma situação de imparidade de armas no ato, produzir prova oral no mesmo patamar que o autor.

Por último, não se pode deixar de olvidar que o réu também pode requerer a produção antecipada de provas, podendo, inclusive, propor uma ação autônoma para tanto conexa a ação possessória do autor.

#### **4.3.3 Análise da adequação formal do procedimento liminar das ações possessórias de força nova a partir de uma abordagem casuística da audiência de justificação**

Com efeito, o magistrado não está obrigado a sempre flexibilizar o procedimento de tutela de evidência nas ações possessórias em sede de audiência de justificação. Em situações específicas, porém, emerge a necessidade de oitiva das testemunhas do réu, do contrário, instaurar-se-ia um desequilíbrio processual irremediável até a sentença. Nessa hipótese, diante do dever de zelo pelo contraditório emanado do devido processo legal e estampado no artigo 7º do *códex* de 2015 o julgado deve operar a variação ritual.

Patricia Pereira (2020, p.110) aduz que a liminar do procedimento de força nova proporciona ao autor uma posição jurídica processual mais vantajosa em comparação com a regra geral da tutela provisória, seja porque constitui hipótese específica de tutela provisória da evidência, passível de ser concedida *inaudita altera parte* independentemente de perigo na demora, seja porque garante dupla oportunidade de comprovação dos seus requisitos, mediante prova documental juntada com a petição inicial ou mediante prova oral na audiência de justificação, contribuindo para a concessão do mandado liminar antes da apresentação de defesa pelo réu.

Comunga Luiz Guilherme Marinoni (2021, p. 512), ou seja, quanto à forma de participação do réu em audiência no sentido do erro em pensar que o réu deva assumir uma postura meramente passiva na audiência, sem dela poder participar ativamente, inclusive em audiências de justificação em sede de possessórias, considerando a não polarização das partes.

Feitas estas considerações, resta analisar as hipóteses de desequilíbrio processual no procedimento liminar possessório à luz do devido processo legal.

Marinoni e Mitidiero (2012, p. 619) destacam a colaboração do juiz com as partes, para a adequação do procedimento com fim de se atender a paridade de armas é uma meta insaciável em qualquer procedimento, dentre estes, o das demandas possessórias. Vejamos:

a colaboração do juiz com as partes, a prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva, em processo no qual as partes atuam “(...) com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

A proposta de adequação formal do art. 562 do Código de Processo pátrio, ou seja, do magistrado oportunizar que o réu da possessória de força nova tenha, ao menos, a chance de provar a posse em audiência de justificação, tem previsão em norma, do mesmo diploma, construída com base no *due process*, a qual cogita hipótese de flexibilização legal genérica, ou seja, art. 7º. Além disso, tem base principiológica constitucional, ou seja, no devido processo legal direcionando dever para magistrado realizar adaptações no procedimento para zelar pelo contraditório.

Antes de se adentrar no âmago do art. 7º do *códex* de 2015 é mister resgatara teoria geral da adequação formal inspirado no legado lusitano.

Conforme já mencionado, em Portugal, portanto, vigora um sistema em que se destaca poderosa cláusula de flexibilização legal genérica, moderada por ferramentas específicas de adequação judicial. O art. 265-A, bem com a redação do atual art. 547 do Código português estampa que magistrado deve perfilar otramite processual adequado às peculiaridades da causa e amoldar o os atos processuais na forma e conteúdo ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

Assim essa norma de flexibilização legal genérica foi apresentada, inicialmente, no anteprojeto em 2009. Naquela ocasião, reproduzia-se a previsão do Código Português, instaurando uma cláusula geral legal de adequação do processo pelo Juiz. Quando o anteprojeto virou projeto e começou a tramitar no Senado, o referido dispositivo sofreu emendas supressivas. Desta feita, com a retirada da norma que previa uma clausula geral de flexibilização, à semelhança do artigo 547 do código lusitano, o modelo de flexibilização procedimental brasileiro consiste basicamente em cláusulas processuais gerais espalhadas pelo código pátrio, a exemplo da estampada no artigo 7º, cujo teor, predominantemente, consiste em adequações atípicas para restaurar o equilíbrio processual.

Ancorado no devido processo legal, o artigo 7º do *códex* pátrio estampa que, com afã de zelar pelo contraditório, deve efetuar arranjos no procedimento. O artigo 7º o qual dispõe que cabe ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório. É um dever genérico. No contexto do princípio da igualdade, o juiz tem um dever de zelar pelo efetivo contraditório. Aí é uma base normativa e permite que se opere adequações atípicas pelo juiz para preservar a igualdade processual. O artigo 7º é uma válvula de escape para adequações atípicas pelo magistrado.

Como examinado em item anterior, a parte final do art. 7º do Código de Processo Civil Pátrio impõe ao Juiz o poder dever de zelar pelo efetivo contraditório, esse dever se cumpre exatamente com a promoção da adequação procedimental feita pelo juiz (DIDIER JR., 2016, p.120).

Vale acrescentar, que esta norma de adequação legal genérica no art.7º do Código de Processo brasileiro tem base no devido processo legal, aliás, o processo adequado é um mandamento que informa o legislador, o magistrado e as partes na forma negocial. Acrescenta-se que pode ser plenamente aplicado diante da provisão normativa no art. 562 do mesmo diploma.

É de fácil percepção que a norma do art. 7º, ora arejado, a qual, amparada pelo devido processo legal, determina que o dever do magistrado de zelar pelo contraditório possaser plenamente aplicada ao rito da liminar possessória nas ações de força nova. Ou seja, para que o Juiz possa, em situações específicas que causem desequilíbrio processual em audiência de justificação, suprir a redação defeituosa do art. 562 do Código de Processo, para vigiar pelo contraditório, pode operar arranjos no procedimento.

Nesse íterim, o procedimento de tutela provisória nas ações possessórias ao erigir a tutela *inaudita altera pars* como regra, bem como a produção probatória unicamente unilateral pela parta autora,instaura um “*status*” de total desproporcionalidade entre as partes, o que sugere uma adequação do procedimento *in concreto* de forma condescender com o devido processo legal. Nesse sentido, Humberto Ávila (2008, p.55):

Em outras palavras, só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado”. Consequentemente, na sua concepção, a definição do direito a um processo justo é indissociável da razoabilidade e da proporcionalidade.



Com a possibilidade de realização da audiência de justificação, pavimentase o caminho para se formar um juízo de conformação, à guisa do devido processo legal, quanto à possibilidade ou não de provimento liminar, com a participação das partes do processo quanto a produção da prova testemunhal operando-se a adequação formal judicial.

Nesse sentido, no que tange a participação das partes no processo quanto a produção probatória, ensina Gouveia, Pereira e Alves (2006, p. 181):

Destarte, também por força do contraditório-influência o magistrado deixou de ser encarado como sujeito que detém a exclusividade na formulação da norma jurídica, reconhecendo-se igual direito às partes, as quais contribuirão com argumentos fático-jurídicos – argumentos que poderão ser acolhidos ou rejeitados, mas que devem ser enfrentados pela decisão (debatidos).

Consoante leciona Didier Jr (2001, p. 531) quando se fala em tutela jurisdicional, vem à mente, de imediato, o direito constitucional de ação, surgindo, a partir dessa perspectiva assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Transportando essa construção do autor para a realidade da regência da tutela provisória nas possessórias de força nova, o magistrado ao debruçar apenas em prova documental unilateralmente trazida à baila pelo autor, ou em ouvir, apenas, testemunhas do acionante na audiência de justificação, pode correr o risco de, casuisticamente, instaura-se um desequilíbrio processual, ou seja, na hipótese de todas testemunhas autorais confirmarem os requisitos do artigo 561 em favor do mesmo. Se a adequação do procedimento irradia diretamente do devido processo legal, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, na hipótese uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede, por exemplo, a efetivação de um direito fundamental a exemplo da produção de provas (MARINONI, 2004, p.55).

Ministra Renata Correia Araújo (2020, p.234) que a flexibilização procedimental por iniciativa judicial pode se realizar sob diversas perspectivas e nuances. A primeira delas se dá pela via hermenêutica, através da releitura de dispositivos legais e a partir da pauta de valores constitucionais. Se é um dever do magistrado, inerente ao devido processo legal, ou seja, o juiz observar que a regra processual, naquele caso concreto, ser inadequada, então ele pode se valer de uma cláusula geral processual, pautada no devido processo legal, que lhe confira o poder dever de operar adequações atípicas.

A função integrativa do princípio da adaptabilidade, ou seja da adequação judicial *in concreto*, a que faz referência Humberto Ávila (2006, p. 97), baliza que mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Exemplifica o autor que mesmo se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo, mas elas são necessárias, elas deverão ser garantidas, esta integração que irradia do princípio do devido processo legal.

Assim o devido processo legal preexiste a quaisquer previsões legislativas de adaptabilidade procedimental, as quais, nele tem sustentáculo. Nesse prumo, antes mesmo da promulgação do código de processo civil de 2015 que apresenta a previsão no seu art. 7º de adequação procedimental pelo magistrado, porém, a base principiológica constitucional, mais precisamente o devido processo legal, autoriza ao magistrado, independente de previsão legal, adaptar o procedimento *in concreto*, este beneplácito no *due process* não é conferido de forma aberta, deve ser observada a finalidade, o contraditório e a motivação da decisão.

Leciona Takoi (2009, p. 292) que as garantias referentes ao devido processo legal têm o contorno vinculativo para adequação do procedimento tanto para o legislador como para o magistrado. Como consequência dessa inferência, temos que a obrigação do zelo por parte do magistrado pelo contraditório no procedimento, possessório, tem supedâneo no texto legal sob influência direta do devido processo legal e no próprio devido processo legal. Em outras palavras, pode-se, inicialmente, analisar o amoldamento ritual por força de adequação legal genérica e por força da adequação judicial *in concreto*, ambas têm supedâneo em um denominador comum, ou seja, o devido processo legal.

Rememorando o procedimento, Cimardi (2017, p.123) pontua que há duas oportunidades previstas no art. 562, do Código de Processo Civil para que o juiz profira a decisão acerca do pedido de liminar possessória: ao receber a petição inicial, *inaudita altera parte*, e em audiência de justificação da posse, sendo a audiência, porém, é exclusiva para o autor produzir as provas voltadas à concessão da liminar. A grande verdade é que ao réu não é autorizado a fazer justificação paralela ao autor, produzindo prova testemunhas ou formulando novas perguntas com fito de produzir a contraprova. Dessa forma, o Código de Processo Civil não lhe confere esse direito nem sequer obriga o juiz a ouvi-lo (FIGUEIRA JR, 1999, p.352),

o que, torna a referida liminar de evidência proferida em assentada, de igual forma, com contorno *inaudita altera pars*.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Joel Figueira Jr (1999, p.352) entende que na audiência de justificação para pedidos de liminar possessória nas ações de força nova o réu tem possibilidade de contradita, reinquirição as testemunhas e a possibilidade do magistrado ouvir testemunhas indicadas pelo réu.

Antes de iniciar o estudo hermenêutico do artigo 562, com afã de analisar, casuisticamente, a possibilidade de flexibilização procedimental no seio da fase de cognição sumária da ação possessória é mister fazer destaque a particularidades do modelo de adequação procedimental adotado pelo direito processual pátrio.

O modelo de flexibilização procedimental adotado pelo direito pátrio é o da flexibilização negocial e a legal. Com efeito, é mister destacar que a flexibilização legal pátria, basicamente circunscreve-se em cláusulas gerais processuais, as quais, nasua maioria, autorizam ao magistrado operar adequações atípicas para restabelecer o equilíbrio processual entre as partes.

Diante do exposto o modelo de adequação formal pátrio goza de contornos próprios devendo o magistrado, fundamentadamente, fazer uso em hipóteses casuísticas.

Nesse espectro, uma norma do código de processo civil que viole o contraditório ou o equilíbrio entre as partes pode ser objeto de uma ação de inconstitucionalidade futura, porém, nada impede que, por força de uma cláusula geral processual prevista no mesmo diploma, o juiz possa, diante das peculiaridades do caso concreto, operar o amoldamento ritual, de forma a restaurar a isonomia processual.

Assim sendo, o magistrado, casuisticamente, atua dentro dos limites da cláusula de flexibilização procedimental fundamentando na sua decisão. Dessa forma, não seria regra para a flexibilização por parte do magistrado ao se deparar com norma processual que, abstratamente, possa comprometer a isonomia processual, haja vista que, a mera existência da norma, pode não implicar, necessariamente, em um caso concreto, um desequilíbrio processual entre os litigantes. Para que o magistrado opere a variação ritual é necessária a observância de uma hipótese específica, na qual, ao aplicar a regra processual, constate um desnivelamento entre as partes do processo. Nessa senda, tratam-se de hipóteses

concretas onde esse desequilíbrios são constatados na prática, ou seja, no curso de uma fase específica do procedimento.

Pode-se observar, a título de exemplo, o artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil pátrio que o juiz deve dilatar os prazos processuais adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Em outras palavras, constitui uma norma de flexibilização legal direcionada ao magistrado. Nesse prumo, não significa que toda norma processual que estatui prazo ínfimo terá o mesmo, necessariamente, dilatado pelo juiz. Assim são as peculiaridades do caso concreto que vão apontar para o dever do magistrado quanto a dilatação, por exemplo, em casos em que a parte contrária apresenta excessiva quantidade de documentos, sendo insuficiente o prazo legalmente previsto para sobre eles a parte manifestar-se.

É mister ressaltar que o magistrado, com fulcro em uma cláusula de flexibilização procedimental prevista, ao intervir para reequilibrar a situação processual, ou seja, desigualdades eventualmente existentes no processo, assim o faz, em obediência ao devido processo legal, haja vista que, a adequação procedimental constitui uma operacionalização prática do *due process*.

Feitas as referidas considerações referentes, aos contornos da plataforma pátria de flexibilização procedimental, bem como à adequação judicial do procedimento possessório, mais especificamente quanto ao rito imprimido pelo artigo 562 do Código Pátrio, resta imperioso detalhar como, e em que circunstâncias, o magistrado deve flexibilizar o referido procedimento. Assim sendo, o mesmo raciocínio construído para a cláusula geral esculpida no artigo 139, inciso VI, do *códex pátrio* pode ser utilizado para o debate da adequação judicial do artigo 562 do mesmo diploma, ou seja, tomando como âncora o artigo 7º que estatui norma de adequação semelhante, ou seja, referente a restauração o equilíbrio processual.

Em apartada síntese, apregoa o artigo 562 do código de processo pátrio que juiz deferirá, caso satisfeito com as provas documentais, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração *inaudita altera pars*, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Por oportuno, é mister observar que esse momento que antecede a justificação, ou seja, ainda na fase da tutela de evidência documental, esta etapa estampada na primeira parte do artigo 562, deveria observar o contraditório.

É certo que os requisitos regência da tutela de evidência possessória se encontra no artigo 561 e não no 311 do *códex* pátrio. O que desperta a curiosidade é que se fosse aplicar o disposto no artigo 311 inciso IV, que seria hipótese que mais se aproxima da liminar possessória documental, necessitar-se-ia do contraditório para se chegar ou não ao reconhecimento da evidência do direito.

Voltando a análise da audiência de justificação, ou seja, não logrando êxito o demandante com a prova documental instruída, observa-se comando imperativo para o autor emanado do magistrado, o qual, traduz que, somente ao acionante, é determinado o dever de produzir prova oral na audiência de justificação, restando ao réu ser citado para, apenas, acompanhar o ato solene. Com efeito, situações podem se desenvolver no bojo da referida audiência o que pode acarretar ou não um desequilíbrio absoluto entre as partes.

Nesse prumo, instalada a audiência de justificação, presentes o autor e o réu, o magistrado passa a ouvir as testemunhas arroladas pelo autor para deliberar, no mesmo ato, se concede ou não a tutela de evidência postulada. Acrescenta-se que a referida tutela de evidência a que se postula não é analisada ao lume dos requisitos do artigo 311, mas sim do artigo 561 do *códex*.

Ao ouvir as testemunhas do autor, basicamente, duas situações podem vir a calhar.

As testemunhas autorais podem não serem convergentes quanto aos requisitos do artigo 561. Nesse caso, considerando que, em sede de audiência de justificação, a formação da evidência do direito se dá com a oitiva das testemunhas, ou seja, a partir das testemunhas das partes é necessário um alto grau de probabilidade do direito afirmado. Desta feita, na situação narrada, o magistrado estaria autorizado em não conceder a liminar perseguida, desnecessitando a oitiva das testemunhas do réu.

Situação diversa seria quando as testemunhas do autor forem convergentes quanto aos requisitos do artigo 561. Nesse caso, o réu, presente na audiência, ficaria em situação de desvantagem, haja vista que, se o magistrado seguir, estritamente, o artigo 562 e não ouvir suas testemunhas, o mesmo seria um telespectador de uma decisão concessiva de tutela de evidência a ser proferida na mesma audiência.

Acrescenta-se que a evidência do direito a ser construída a partir da prova oral, no caso da convergência das testemunhas autorais, só seria constatada ou

não, *audiatur et altera pars*, ou seja, ouvindo-se as testemunhas do réu. Nessa toada, se o réu trouxer testemunhas que não gerem, pelo menos, uma dúvida razoável, a tutela de evidência poderá ser concedida.

Acrescenta-se entendimento de Leonardo Greco (2015, p.26) que somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação do contraditório o que não é o caso de uma construção de da evidência do direito em uma audiência, na qual a produção probatória de ambas as partes torna-se imprescindível. Assim, estando as testemunhas do autor convergentes quanto a posse do mesmo, o seu exercício, a data da violação desta e a efetiva violação, neste caso, resta imperiosa a oitiva das testemunhas do réu.

Seguindo este raciocínio, ao ouvir as testemunhas do autor em sede de audiência de justificação, sendo as mesmas uníssonas quanto ao cumprimento do cabedal de requisitos do artigo 561, restaria ao magistrado exercer o poder deveremanado do art. 7º, e flexibilizar o procedimento para ouvir as testemunhas arroladas pelo réu. Assim, ao ouvir as testemunhas do autor e as mesmas depuserem de forma uníssona quanto as exigências do artigo 561, para formar o juízo positivo ou negativo acerca da evidência, restaria ouvir as testemunhas do réu.

Esse segundo casuística exposta, sugere ao magistrado utilizar-se do seu poder dever de zelar pelo contraditório emanado do art. 7º, e flexibilizar o procedimento para ouvir as testemunhas arroladas pelo réu em petição. Agindo assim, estaria o devido processo legal sendo observado *in casu*.

É mister relacionar, na situação ora descrita, os riscos processuais a pessoa do réu na hipótese de não ter as suas testemunhas ouvidas. Com efeito, por ocasião da audiência seguinte, ou seja, a de instrução, o demandado pode produzir prova testemunhal, existindo a possibilidade da realidade fática, até então evidenciada por produção probatória unilateral por parte do autor, ser alterada. Nesse caso, ao se evidenciar na instrução que o réu é, de fato, possuidor, a decisão final revogaria a liminar outrora concedida em favor do autor. Observa-se que, neste caso, o acionado teria que suportar ficar fora do imóvel desde a concessão da liminar até a sentença, o que poderia gerar danos irreversíveis ao mesmo.

Dessa forma, a referida adequação judicial, nesta hipótese, tem beneplácito no artigo 7º do mesmo diploma que estampa em seu teor, além do princípio do contraditório e da isonomia, cláusula geral de flexibilização procedimental, a qual

impõe ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório. Com efeito, a referida cláusula tem como base o devido processo legal que apregoa a necessidade de um processo regular e adequado, o qual exige um procedimento adequado.

#### **4.3.4 Da ausência de arrolamento de testemunhas pelo réu para a audiência de justificação e solução à luz da natureza jurídica da tutela pleiteada e da flexibilização procedimental**

Um ponto que merece ser analisado se refere a hipótese do réu não apresentar petição arrolando testemunhas antes da audiência de justificação.

Nessa vereda, no caso das testemunhas do autor forem ouvidas e confirmarem os requisitos do artigo 561 em favor do mesmo, o réu estaria presente na referida audiência, sem possibilidade de defesa e sem testemunhas a serem ouvidas a seu favor por força da adequação formal do rito. Antes de adentrar na referida situação aventada, é mister, novamente, destacar a natureza jurídica da liminar possessória, ou seja, de ser a mesma uma espécie de tutela de evidência.

Nessa ótica, Streck, Nunes, Dierle e Cunha (2016, p. 1465) destacando o comentário de Roberto Campos Gouveia Filho e Venceslau Tavares Costa Filho:

Trate-se de um caso clássico de tutela de evidência (antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional na irrelevância, num maior ou menor grau, do perigo da demora como pressuposto para sua concessão) e, muito antes da previsão análoga do art. 928 do CPC/73, já tinha abrigo no sistema jurídico brasileiro. Ela é, sem dúvidas, o fator de maior diferenciação do procedimento especial das ações possessórias do procedimento comum.

A forma como se desenha o artigo 561 e 562 do *códex* pátrio, os mesmos requisitos apresentados para se requerer a proteção possessória se identificam, em plenitude, com os para postular a liminar possessória. Nessa vereda, inexistente a necessidade de demonstração do requisito da urgência. Trata-se de uma tutela de evidência com alguns contornos particulares, haja vista que os requisitos para a mesma não são os elencados no artigo 311, mas sim, os do artigo 561 do *códex* de 2015 (CABRAL; CRAMER, 2015, p.1767).

Pontes de Miranda (1977, p. 62) entendia que a decisão que apreciou pedido de tutela é considerada como uma *sentença liminar* já que a partir da mesma, ao se conceder o provimento operaria ao autor a reintegração, por exemplo, da mesma forma que lhe fosse concedida a sentença definitiva.

Na situação aventada, caso o demandado se demonstre desejoso em arrolar testemunhas para serem ouvidas, o magistrado, observando o cenário de desequilíbrio processual em desfavor do mesmo, tem o poder dever de proferir decisão, na própria audiência em curso, no sentido de suspensão e prosseguimento do ato em pauta próxima para a oitiva de testemunhas do réu, oportunizando, na mesma decisão, que o demandado as arrole.

Nessa urdidura, o magistrado se valha da aplicação analógica do artigo 365 utilizado na audiência de instrução, ou seja, suspensão e prosseguimento do ato em pauta próxima para a oitiva de testemunhas do réu, e, nesta oportunidade deliberar sobre a liminar. Assim, resta plenamente possível o referido arranjo, haja vista se tratar de uma tutela de evidência, na qual resta despicienda a análise acerca da urgência.

Trata-se de uma manobra processual possível, haja vista que inexistente o fator “urgência” a impedir o referido desdobramento do ato solene, mas sim a necessidade da segurança jurídica para decidir, principalmente, por se tratar de análise da existência ou não máxima probabilidade do direito, o que reclama a produção da prova testemunhal em paridade de armas. Assim, ainda que a existência da pretensão de direito material alegada pelo autor soe evidente em decorrência da sua prova testemunhal, resta imperiosa a oitiva das testemunhas do réu, em continuidade do ato, em data próxima.

Para reforçar este ponto, Leonardo Greco (2015, p. 26) enfatiza que se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência não seria possível de ser cogitada, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação do contraditório.

Por último, é mister reiterar que ainda que o direito do autor, com os depoimentos convergentes de suas testemunhas soe evidente, a referida evidência só pode atestada ou não, em sua plenitude, quanto oportunizado ao réu, em paridade de armas, a produção de prova oral. Assim, a referida isonomia se observaria, *in casu*, seja ouvindo no ato as testemunhas por eles arroladas, seja por ocasião de prosseguimento do ato em pauta próxima em decorrência do não arrolamento.



#### **4.3.5 Do requisitos da decisão judicial que adequa, *in casu*, o procedimento liminar das ações possessórias de força nova e apontamentos doutrinário acerca da relevância da variação ritual**

A importância da adaptabilidade judicial do procedimento é resgatada na doutrina a partir do entendimento de doutrinadores a exemplo de Roberta Correa Araújo (2020, p.239) que advoga a ideia de que, para fins de atendimento ao devido processo legal, a flexibilização ritual não seria uma mera faculdade do magistrado, mas um dever:

Mais que um dever, a flexibilização do procedimento previsto abstratamente na lei com o fim de torná-lo apto para o competente manejo do caso, fazendo frente, assim, às exigências advindas da situação concreta, revela-se como uma imposição do direito à tutela justa, adequada, célere e eficaz, o que, ao contrário de vulnerar, atua em prol da otimização e efetivação do princípio do devido processo legal.

Ressalta-se também o grau de utilidade prática da adequação judicial do procedimento liminar nas ações possessórias a partir da construção do ensinamento de Carlos Alberto Oliveira (1999, p. 96). O autor, pautado no art. 265-A do *códex* lusitano, no sentido de a adaptabilidade ser mais sugestiva a reforma legislativa, na medida em que facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, refere à possibilidade de se amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, de forma a não ficar à mercê da morosidade de uma reforma legislativa, muitas vezes improvável. No contexto das transformações havidas no sistema processual brasileiro, pontifica Renata Correa Araújo (2020, p.228) que a flexibilidade procedimental passou de um desiderato a ser alcançado de *lege ferenda* para uma realidade extraída de *lege lata*.

Um ponto que merece ser destacado que é a flexibilização judicial do procedimento tem, dentre outras, uma função muito importante que seria a de aperfeiçoar o procedimento ou fases dele (ARAÚJO, 2020, p. 233). Na hipótese do magistrado, na fase de cognição sumária no rito da possessória, na hipótese concreta de desequilíbrio processual, ao abrir uma possibilidade de contraditório diante de uma norma que não prevê nenhuma exceção neste sentido, estaria, sem margem de dúvidas, aperfeiçoando o procedimento, mais especificamente, a etapa

do pedido liminar. Acrescenta-se, que o referido aperfeiçoamento se coaduna com a ideia de processo devido, o qual é justo e adequado.

Outra importância da adequação judicial, *in concreto*, do procedimento liminar possessório é que a referida operação, além de irradiar do devido processo legal, dá fundamento para a existência da própria teoria geral do processo. Segundo Fredie Didier Jr (2016, p.117), o princípio da adequação é o que justifica a existência de uma Teoria Geral do Processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual, seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado. Em outras palavras, o princípio da adequação é o que justifica uma teoria geral do processo, ou seja, é entender que o processo é regido pelo princípio da adequação, ou seja, só se pode desenvolver uma epistemologia de um processo se saber que ele vai se desenvolver de acordo com as suas peculiaridades.

Por último, quanto a um suposto levantamento acerca da insegurança jurídica da adequação formal judicial no procedimento liminar possessório, o mesmo não teria como subsistir, haja vista, que a adequação formal é um subprincípio do devido processo legal em sua dimensão procedimental, assim, para tanto fica sujeito a requisitos para a operacionalização na prática. Acrescenta-se que a previsão de adequação formal pelo magistrado advinda da necessidade do zelo ao contraditório estampada no art. 7º do código de 2015 irradia do devido processo legal.

A segurança jurídica constitui o elemento essencial não só do devido processo legal, mas de todo o sistema jurídico, pois é necessário além das regulações de condutas entre os indivíduos, ou entre estes e o Estado, a previsibilidade dos procedimentos (TAKOI, 2009, p. 283).

Explicita-se que a atividade do magistrado, no sistema aberto de cláusulas gerais, não é arbitrária, vinculando-se à lei, aos princípios, assim a atividade criadora do juiz não se confundirá com o arbítrio, posto contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade estrutura e funcionalidade, com aplicação reserva aos princípios admitidos pelo sistema (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 58).

Na hipótese de existirem vozes na doutrina no sentido de que a adaptabilidade procedimental ou seja, a adequação judicial *in concreto* seja uma manobra arriscada, e que supostamente atente contra a segurança e previsibilidade supostamente garantida pelo legislador é mister ressaltar, consoante Gajardoni e

Zuffelato (2020, p.135) que o referido princípio tem natureza subsidiária, não sendo de utilização desenfreada e desconectados a uma decisão fundamentada, finalidade e contraditório. Apenas se aplica nos casos em que o legislador não estabeleceu de forma específica um procedimento individualizado e adequado para proteger o direito ou a parte, como é presumido ter ocorrido com os procedimentos especiais. Se o procedimento é perfeito e atende perfeitamente às características do caso, não há margem para adaptação. Nessa vereda, quanto se adentramo regramento das liminares possessórias, ou seja, no artigo 562 do Código de Processo pátrio o que se visualiza é que em determinadas situações, a exemplo de todas as testemunhas arroladas pelo autor dar em favoráveis a proteção possessória, o réu, nesse caso, sendo vedado de produzir prova testemunhal, ficaria este em situação de extrema desvantagem processual, além do que o magistrado teria, apenas, subsídios mínimos para decidir favoravelmente ao autor.

Vaticina Dulce Feitosa (2019, p.37) que a flexibilização também tem a importância de evitar ao máximo danos ao curso do processo ensejados por nulidades de atos que, por algum motivo justificado, não seguiram exatamente a previsão normativa. Dentro desse contexto, insere-se o regimento estabelecido no art. 562 do Código de Processo Civil em vigor, cujo déficit normativo pode reverter, em hipótese específica, em desequilíbrio processual entre as partes. Assim sendo, a flexibilização procedimental baseia-se na ideia de que a previsibilidade e segurança nas decisões judiciais não provêm apenas da rigidez das normas processuais: o juiz, representando o Estado, possui legitimidade para promover a variação procedimental, a qual, sem sombra de dúvidas, não será realizada arbitrariamente, mas controladas pela sua finalidade, pela possibilidade de reexame das decisões, dentre outros parâmetros (GARJADONI, 2008,p.57).

No que pertine a um suposto questionamento acerca da segurança jurídica a ser observada na adequação judicial, Antônio do Passo Cabral (2010, p. 191) atenta que, sob o prisma constitucional, não há mais espaço para compreender segurança jurídica como fator legitimador da rigidez procedimental. Baliza seu entendimento no fato do *due process of law* ser ressignificado no marco do estado constitucional, passando a ser compreendido como direito ao justo processo disciplinado em lei, mas em formas relativizáveis e variáveis à luz das situações observadas casuisticamente.

Por último, é mister demonstrar que a referida adequação judicial *in concreto* do rito da liminar possessória previsto no artigo 562, atende a todos os critérios de adaptabilidade elencados por Galeano Lacerda (1976) de forma que não pode ser encarado como um arranjo ritual a ser operado de forma aberta e ilimitada. Dentro desse panorama, observemos cada requisito de *per si*.

A adequação do processo apresenta-se, segundo Galeno Lacerda (1976, p.163), sob três aspectos: subjetivo, objetivo e teleológico. Transportando para a realidade do procedimento possessório, observa-se que todos os referidos elementos são preenchidos.

Tem que ser adequar-se objetivamente, ou seja, de acordo com o seu objeto, o direito tutelado. No caso da flexibilização do procedimento possessório, a proposta de oitiva pelo magistrado das testemunhas do réu na audiência de justificação guarda total consonância com o direito postulado, ou seja, a posse. Nesse sentido, a visão de Von Iherin no sentido de que o “*corpus*” será relação exterior que existe normalmente entre o proprietário (PEREIRA, 2017, p.36). Assim, essa externalidade inerente a posse carece de prova testemunhal, cuja produção, deve ser oportunizada a ambas as partes, haja vista que aquele que fora imputado esbulho pode alegar ser possuidor e vítima de esbulho.

No tocante à adequação subjetiva, ou seja, adequar o processo aos sujeitos, pode ser justificado pelo contorno dúplice das demandas possessórias, ou seja, quem se diz ser esbulhador pode ser possuidor e vice-versa, logo, a inexistências definidas das figuras do autor e réu na fase de cognição sumária reclama o amoldamento do procedimento com a restauração do equilíbrio probatório.

Tem-se também a adequação teleológica, ou seja, os atos dos processos ser adequados a seus fins. A finalidade da possessória a defesa da posse, com fundamento na posse, em face da prática de três diferentes graus de gravidade de ofensa a ela cometida, ou seja, esbulho, turbação ou ameaça (CIMARDI, 2017, p.120). Nessa urdidura, para a defesa da posse é mister restar demonstrado quem é o possuidor, o que não é possível em uma audiência de justificação em que, nos moldes do artigo 562, é permitida a oitiva pelo magistrado, apenas, as testemunhas da parte autora. Desta feita, teleologicamente a adequação do procedimento para também, na hipótese de observar, no caso concreto, desigualdade processual, no mesmo ato, ouvir as testemunhas do réu mostra-se necessário.

Em que pese que no modelo de flexibilização legal genérica a que já fora referido, em que, consoante Gajardoni (2013, p.1129), caberá ao juiz, atender a finalidade, contraditório e motivação, de igual forma a adequação judicial *in concreto*, deve atender aos mesmos por força do próprio devido processo legal que constitui a sua base principiológica. Assim, necessidade de apresentação de um motivo para que seimplemente, no caso concreto, uma variação ritual, ou seja, finalidade, na participação das partes da decisão flexibilizadora, contraditório útil, e na imprescindibilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo. Nessa vereda, inexisteu uma suposta insegurança jurídica na flexibilização procedimental, para que o magistrado adeque o procedimento, a exemplo do possessório, artigo 562, deve obediência aos referidos requisitos.

É mister reiterar quanto a fundamentação na decisão que amolda o procedimento liminar possessório para as ações de força nova. Se o juiz decidir realizar uma adaptação judicial adequada ao caso concreto, para além de ouvir o autor, também ouvirá o réu e suas testemunhas, fundamentando sua decisão no devido processo legal. É importante destacar que, mesmo se o juiz ativar a cláusula flexibilizadora do artigo 7º do código de processo civil brasileiro, que lhe confere liberdade para ajustes visando restaurar a isonomia das partes, ainda assim estaria implicitamente fundamentando a decisão no devido processo legal, uma vez que a cláusula do devido processo é a base essencial de qualquer adequação processual.

Diante do exposto, observa-se que a elaboração do procedimento pelo legislador deve estar em conformidade com o devido processo legal, ou seja, o procedimento será adequado se respeitar as garantias que irradiam do devido processo. Dessa forma, não estando o procedimento devidamente adequado, não significa que o mesmo não seja adequável casuisticamente.

Nesse diapasão, rompimento com o dogmatismo processual enfatiza Lima (2007, p. 242) reflete na dinâmica do legislador processual. Dessa maneira, a legalidade do procedimento não deve apenas se limitar a ser uma mera conformidade com a lei, pois o devido processo legal é, acima de tudo, devido, ou seja, adequado para alcançar os objetivos do processo.

Com efeito, esse direito a cognição adequada emanado do devido processo legal deve ser observado, de igual forma, no procedimento possessório de força nova no qual, *in caso*, o magistrado, com beneplácito em cláusula flexibilizatória, tem

poder dever de efetuar amoldamento no mesmo com afã de restaurar a isonomia processual e zelar pelo contraditório.

Nessa toada, Streck, Nunes, Dierle e Cunha (2016, p. 819) destacando o comentário de Leonardo José Carneiro da Cunha o juiz deve conferir às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa. Com isso, a imparcialidade é reforçada. A passividade do juiz, diante de uma situação de desequilíbrio ou de desigualdade processual, pode configurar uma parcialidade. Em casos assim, é preciso que o juiz intervenha para reequilibrar a situação, em reforço à sua imparcialidade. Ao juiz cabe garantir o “equilíbrio processual”, procedendo a adequações em situações excepcionais, com vistas a assegurar a igualdade.

## CONCLUSÕES

Por tudo que fora trabalhado na presente dissertação, destaca-se a importância da imersão no devido processo legal, considerando o seu desdobramento e incidência nos procedimentos especiais a exemplo do possessório.

Com efeito, os procedimentos especiais apresentados pelo legislador infraconstitucional, muitas vezes, padecem de lacunas, as quais, podem acarretar notável desequilíbrio entre as partes.

Nessa senda, partindo de uma abordagem processual à luz do Estado Constitucional, observa-se que, a partir do devido processo legal, espera-se não só a regularidade e adequação não só do processo, mas também do procedimento, de forma que, o *due process* deva ser observado em cada fase específica deste.

Aguardar por reforma legislativa de um dispositivo legal que prevê um procedimento inadequado, muitas vezes, resta penoso para os litigantes de um processo em curso. Desta feita, reclama-se, diante de situações casuísticas, uma solução imediata que restaure o equilíbrio processual entre as partes.

Seguindo esse raciocínio, a adequação procedimental constitui uma ferramenta, com beneplácito no devido processo legal, a qual, deve ser utilizada pelo

magistrado quando se depara com uma norma processual que acarrete um desnivelamento entre os litigantes ou desalinho com a tutela do direito material postulado.

Dessa forma, a adequação procedimental constitui uma forma de operacionalização prática do devido processo legal, haja vista que o magistrado pode amoldar o procedimento de forma a, em situações concretas, sanar possíveis afrontas a isonomia processual.

Apesar da influência do modelo lusitano, o sistema processual civil pátrio adotou uma plataforma de flexibilização procedimental com contornos próprios. Assim a flexibilização legal, ou seja, a lei conferindo ao magistrado poder de efetuar adequações atípicas no procedimento é identificada no corpo do *códex* de 2015 sob a forma de cláusulas gerais processuais espalhadas no diploma. Nessa senda, uma das cláusulas que pode ser destacada é a constante do artigo 7º que determina o magistrado adequar o procedimento com o propósito de zelar pelo contraditório.

No tocante ao regimento das liminares possessórias de força nova, o *códex*, no seu artigo 562 prevê a possibilidade de postulação e processamento de pedido de tutela de evidência com base em prova documental e testemunhal, em audiência de justificação, sem nenhuma possibilidade de contraditório. O contraditório é extirpado nessa fase de cognição sumária, o que pode gerar, *in concreto*, situação de desequilíbrio processual entre as partes.

Como consequência da estrutura desta norma, uma situação específica de desequilíbrio processual entre as partes pode ocorrer em sede da audiência de justificação para liminar possessória o que reclamaria do magistrado uma intervenção para zelar pelo contraditório e sanar o referido desequilíbrio.

Antes de se adentrar a resposta do problema formulado é mister tecer comentários acerca da decisão que determina a realização da audiência de justificação. Com efeito, devidamente instruída a inicial, o magistrado não nega a liminar de força nova, mas profere decisão para a realização de audiência de justificação para que a evidência do direito se construa a partir da prova testemunhal. Nesse ínterim, embora o réu seja citado para o ato não para se defender, mas sim acompanhar o ato, nada impede ao mesmo peticionar arrolando testemunhas. Outrossim, nada obsta ao magistrado determinar o arrolamento. Acrescenta-se que o réu também pode requerer a produção antecipada de provas, podendo, para tanto, propor uma ação autônoma p conexas a ação possessória do

autor.

Diante do exposto parte-se para resposta ao problema proposto.

Instalada a audiência de justificação, passa o magistrado a ouvir as testemunhas do autor. Caso as testemunhas do mesmo não forem convergentes quanto aos requisitos da tutela de evidência possessória calcadas no artigo 561, o magistrado estaria autorizado em não conceder a liminar perseguida, haja vista que o autor já teve oportunidade de demonstrar a evidência do direito com a prova documental.

Uma segunda situação, que merece análise, seria quando as testemunhas do autor forem convergentes quanto aos requisitos do artigo 561. Nesse caso, o réu, presente na audiência, ficaria em situação de desvantagem, haja vista que, se o magistrado seguir, estritamente, o artigo 562, não ouviria suas testemunhas de forma que o mesmo seria um telespectador de uma decisão concessiva de tutela de evidência a ser proferida na mesma audiência. Assim, para formar o juízo acerca da configuração ou não evidência, teria o magistrado que exercer seu poder dever de ouvir as testemunhas do réu.

Diante da casuística exposta, o magistrado teria que atender aos reclames do devido processo legal a partir do seu poder dever de zelar pelo contraditório estampado na cláusula de flexibilização constante do artigo 7º do *códex* de 2015. Nestes termos, o magistrado tem o poder dever de proferir decisão no ato, audiência de justificação, determinando a oitiva das testemunhas arroladas pelo demandado. Caso o réu não tenha arrolado testemunhas para o ato, nada impede, caso disponha de testemunhas, que o magistrado suspenda o ato ao lume do artigo 365 e prossiga em pauta próxima oportunizando, na mesma decisão, que o demandado as arrole. Em prosseguimento, ao ouvir as testemunhas do réu o julgador decide sobre a tutela de evidência possessória, em decisão pautada no contraditório em consonância com o devido processo legal.

Dessa forma, a partir de um desequilíbrio processual entre as partes, *in casu*, emanado da redação de uma norma processual, o rompimento com o dogmatismo e rigidez legal se impõe. Nesse prumo, o magistrado com âncora em cláusula flexibilizatória prevista em lei, pode efetuar adequação atípica no procedimento de forma a alcançar cognição adequada necessária ao atendimento aos fundamentos do devido processo legal.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 242, p. 21-47, out. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: **Revista da Ajuris**, nº 74, Porto Alegre, 1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3.ed.**Cautelares e liminares**. In Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 155, p. 11-26, jan. 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS**, n. 90, 2003, p. 55/84.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Ações possessórias individuais e coletivas no CPC de 2015**. Campinas: Servanda, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários ao novo Código de processo civil: Lei 13.105, de 16 de março de 2015, arts. 528 ao 598**. Curitiba : Juruá, 2016.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Fungibilidade de meios**. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 77-113, out. 2014.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões sobre a flexibilização procedimental. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, p. 147-176, 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A colisão entre princípios constitucionais em casos de liminares "*inaudita altera partes*". As formas de solução. Análise de casos. **Revista Jus.com.br**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 545, 3 jan. 2005.

ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização procedimental e efetividade processual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 86, p. 223-240, 2020.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritária. In: AROCA, Juan Montero (coordinador). **Proceso civil e ideologia**. 2. ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 432.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**. vol. 163/2008, p. 50-59, Set/2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos principias da definição à aplicação dos principias juridicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São

Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse**: efeitos e proteção. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 213, nov. 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 28, maio/out. 1980/1982.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 81, p. 35-51, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 09 março 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 09 março 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 março 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em: 09 março 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 09 março 2023.

BRINDEIRO, Geraldo. **O Devido processo legal e o estado democrático de direito**. Brasília: Ministério da Justiça, v. 188, jul. 1996.

BRITO, Pedro Madeira de. **O novo princípio da adequação formal**. In: SOUZA, Miguel Teixeira (coord). Aspectos do novo processo Civil. Lisboa: Lex, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Pluralidade de partes – Intervenção de terceiros**. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato romano**. Torino: Utet, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, V. VI, nº 6, p. 135-164, 2010. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570). Acesso em: 10 julho 2023.

CALAMADREI, Piero. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice, cedam**. Padova, 1941.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Direitos fundamentais do processo: A razoável duração do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 127, p. 95-105, 2013.

CARMINGANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: LTr, 2001

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**. Buenos Aires: Europa-américa, 1952.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. comemorativa. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Thiago Ribeiro de; BEDÊ, Judith A. de Souza. Os princípios constitucionais do processo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 35, p.

289-302, 2016.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro: TJRJ, v. 23, 1970.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Rivista di Diritto Commerciale**, n. 3, 1911.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. T. II. Trad. José Casáis y Saantaló. Madrid: Reus, 1925.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Ações possessórias no novo Código de Processo Civil**. In: Scarpinella Bueno, Cassio. (Org.). Programa de atualização em Direito ProDireito - Ciclo 3. 1. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana Editora Ltda, 2017.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. **A posse – perspectivas dogmáticas actuais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, Bruno Vinícius da Rós Bodart da. **Tutela de evidência – a análise econômica do Direito Processual de riscos**. 2012. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**. v.1. Londrina-PR: Editora Thoth, 2021.

CRETELLA JÚNIOR, J., CRETELLA, Agnes in GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**. Tradução J. Cretella Júnior, Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 38. Porto Alegre: Magister, set./out. 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais, p. 27-62. Salvador: Juspodivm, 2015.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3. ed. atualizada por Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984, vol. III. 74.

DEL CLARO, Roberto. **Devido processo substancial?** Estudos de direito processual civil. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). São Paulo: RT, 2006.

DELFINO, Lúcio. **Flexibilização procedimental no novo CPC**. 4. ed. In: Congresso de Uberaba de Direito Processual. 7 e 8 de outubro de 2010, Uberaba/MG. 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral** Processo de conhecimento I Fredie Didier Jr. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Vol.1. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Direito processual civil**. 5. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **O princípio da cooperação**: uma apresentação. In: Revista de Processo, nº 127, set. 2005.

DIDIER Jr., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Gênesis. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 21, n. 21, p. 530-541, 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito das Coisas. Vol. 4. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Princípios constitucionais tributários e a cláusula *due process of law***. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1964.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. vol. VIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FARIA, Paulo Ramos de. **Regime processual civil experimental**. A gestão processual no processo declarativo comum experimental Braga: CEJUR, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das obrigações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Carlos Eduardo Aragão de Souza. **Negócios jurídicos processuais e a flexibilização do procedimento no novo CPC**. 2017. 68f, p. 18. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

FERRAND, Frédérique. **The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France**. The reforms of civil procedure in comparative perspective. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005.

FICCARELLI, Beatrice. **Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 11. Salvador, jan. 2002. Disponível em: [http://www.direito-publico.com.br/pdf\\_11/dialogo-juridico-11-fevereiro-2002-lucia-valle-figueiredo.pdf](http://www.direito-publico.com.br/pdf_11/dialogo-juridico-11-fevereiro-2002-lucia-valle-figueiredo.pdf).



Acesso em: 10 maio 2023.

FRAGA, Vitor Galvão. **Devido processo legal**: história e conteúdo. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 11, 2018.

FRAGA, Vitor Galvão. Devido Processo Legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, v. 11, p. 403-429, 2018.

FRAGA, Vitor Galvão. **O direito, essa minha nuvem negra – breve reflexão sobre o âmbito infinito de incidência**. In VIANA, Raphael Fraemam Braga (org.). Reflexões do Direito Civil – teoria geral do direito privado. Recife: Bagaço, 2015.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil – esboço**. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, v. 1.

FREITAS, José Lebre de. **A ação declarativa comum**: à luz do código de processo civil de 2013. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Vol. I. Teoria Legal – Prática. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FUNAIOLI, Carlo Alberto. **La Tradizione**. Padova: CEDAM, 1942.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. 285f, p. 132. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, Ano 12, Vol. 19, N. 3, p. 287. Setembro a dezembro de 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal no Direito Processual Civil Português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 6665-6686, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190. abr./jun. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: o novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **O gerenciamento do processo**. In: GRINOVER, Ada

Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo Juiz no novo CPC. **Revista TST**. Brasília, v. 82, n. 3, p. 166, julho a setembro de 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP** [Em linha]. 21/3, 2020, p. 135-163.

GALINDO, Adrian. **A flexibilização do procedimento pelo juiz: Teoria geral a partir do direito português**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Proteção possessória no novo Código de Processo Civil: notas à luz da Lei 13.105/2015**. *Revista de Processo*, v. 249, p. 347-375, 2015.

GARCIA REDONDO, Bruno. Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 130, jan. 2014.

GARCIA REDONDO, Bruno. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 15, p. 97-110, 2013.

GARJADONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, M. B. Os Princípios da Adequação, da Adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 82, p. 165-187, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 55, p. 55-65, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Procedimentos especiais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola

Bezerra. Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 175-201, jul./set. 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Cognição processual civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In. DIDIER, Júnior. Fredie. Leituras complementares de processo civil. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. São Paulo: revista Eletrônica De Direito Processual, 2015.

GRECO, Leonardo. Contraditório Efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. 15. Janeiro a Junho-2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 10 janeiro 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil**. São Paulo: RT, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Garantia constitucional de direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal, as interceptações telefônicas**. São Paulo: Edição Saraiva, 1976.

GROSS, Marco Eugênio. Devido processo legal procedimental e ofensa reflexa à Constituição: Soluções para Superação de um Dogma. **Revista de Processo**, v. 193, p. 375-398, 2011.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**: o Direito Processual Civil à luz do Neoconstitucionalismo. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Bushatsky, 1974.

JHERING, Rudolf. **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**. Jena: Mauke. v. 9: Beiträge zur Lehre vom Besitz, 1868.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

LACERDA, Galeno. **O código como sistema legal de adequação do processo**. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et al (coords.). Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 251-258. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4230958/mod\\_resource/content/1/Galeno%20Lacerda%20-%20O%20Codigo%20como%20Sistema%20de%20Adequacao.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4230958/mod_resource/content/1/Galeno%20Lacerda%20-%20O%20Codigo%20como%20Sistema%20de%20Adequacao.pdf). Acesso em: 02 maio 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Il principio del contraddittorio e la costituzione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 129, 1954.

LIMA, Juliano Vitor. **Do princípio do devido processo legal**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, direito e processo. Curitiba: Juruá, 2007.

LOBO, Paulo. **Direito civil**. 4. ed.vol. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas Influências no Novo CPC. **Revista eletrônica da Advocacia Geral da União**, Brasília, ano 11, n. 33, p. 202-238, jul./set. 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional**: estudo sobre forma, conteúdo e congruência. 2013. 272f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-Valorativo e o novo Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p. 85-125, out. 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**: curso de Processo civil, v. 1. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 95.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3. ed. Vol. 3. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco; ARENNHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 2. ed.vol. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, p. 147-160, dez. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo Civil moderno – procedimentos cautelares e especiais**, 2.ed. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Joao de Castro. **Direito processual civil**. vol. I. Lisboa: Aafdl, 1997.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias: o regime processual experimental português. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n.170, p. 215 -250, dez./2009.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de (*et al*). **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MICHELI, Gian Antonio. **Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale?** In: Stato e diritto, Roma, 1941.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – direito das coisas**. 44. ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Vol. 4: direito das coisas. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NASCIMENTO, Rodrigo. **A flexibilização procedimental e sua prática pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios nas varas cíveis e de família de Ceilândia**. 2019. 66f, p. 32. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. Interditos possessórios. **Revista de Processo**, v. 52, p. 170-182, out./dez. 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 17. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2018.

NETTO, Fernando Jacob. **Tutela processual da posse**. 2013. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil: Lei 13.105/2015**. Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação, interesse público e controle judicial**. Interesse Público (Impresso), v. 96, 2016.

NOBREGA, Valdick da. **Compêndio de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1975.

NUNES, Dierle José Coelho. **Da teoria fazzalariana de processo: o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão dos módulos**

processuais como mecanismo de controle da função estatal”. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, set./out. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Francis de Faria Noblat de. **A flexibilização procedimental em uma nova perspectiva comparada: entre o ideal e prática**. 2013. 57f, p. 34. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Posse e interditos possessórios**. Brasília: Alumnus, 2013.

OLIVEIRA, Lucas Andrade Pereira de. **A cláusula geral do devido processo legal Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 16 fev 2016, 04:30. Disponível em: <https://conteudo.juridico.com.br/consulta/Artigos/45972/a-clausula-geral-do-devido-processo-legal>. Acesso em: 10 junho 2023.

OLIVEIRA, Patrícia Goes de. Concessão de tutela antecipada inaudita altera partes em colisão aos princípios do contraditório e ampla defesa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3225, 30 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21609>. Acesso em: 19 junho 2023.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PAMPLONA, Leandro Antonio. A Antecipação de tutela nas ações possessórias e o princípio quieti non movere. **Revista de Processo**, v. 205, p. 89-113, 2012.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009.

PASSOS, Bruna Rocha. Sobre a necessidade/utilidade da flexibilização procedimental pelo juiz no sistema processual brasileiro: Uma análise necessária. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Vol. 22. n. 02. Minas Gerais. p. 44. Julho a dezembro de 2015.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, p. 586-618, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Vol. IV. atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Patrícia de Arruda. **A técnica processual antecipatória na proteção da posse**. 2020.148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido Processo Substantivo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 3, 2007.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. Ações possessórias: aspectos atuais. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, v. 25, p. 76-87, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo X: Direito das Coisas. Posse. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1998.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/329-a-1995-226051>. Acesso em: 09 março 2023.

PORTUGAL. **Lei nº 33 de 1995, de 18 de agosto**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/33-1995-434627>. Acesso em: 09 março 2023.

PORTUGAL. **Lei nº 41 de 2013**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575> Acesso em: 09 março 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 108 de 2006, de 8 de junho**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/108-2006-346122>. Acesso em: 09 março 2023.

PROTETTI, Ettore. **Le azioni possessorie**. La responsabilità e il procedimento in



materia possessória. Milano:Giuffrè ,1983.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Garantística e Flexibilização Procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, p. 405-433, 2021.

REALE, Miguel. **Licões preliminares de direito**. 12. ed. revisada. São Paulo: Saraiva, 1985.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao código de processo civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

REIS, Carlos David Santos Aarao.O fundamento da proteção possessória, 1997. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 143-152, out./dez. 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. .

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RUDORFF, F. **Appendice sur l'état actuel de la doctrine**. In : SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. 3. éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil– a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. Liminar nas ações possessórias. **Revista Jus.com.br**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1478, 19 jul. 2007. Disponível em: [https:// jus.com.br/artigos/10163](https://jus.com.br/artigos/10163). Acesso em: 30 outubro 2021.

SAMPAIO, Sérgio Humberto Quadros. Liminar nas ações possessórias. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1478, 19 jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10163>. Acesso em: 15 maio 2023.

SANTOS, Igor Raatz dos. **Autonomia privada e processo civil, negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANTOS, Igor Raatz dos. **Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do princípio dispositivo à construção compartilhada do caso concreto**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) –

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5377/Igor%20Raatz%20dos%20Santos\\_pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5377/Igor%20Raatz%20dos%20Santos_pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 maio 2023.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2012.

SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la Possession en Droit Romain**. vol. 1. 7 ed. Paris: Auguste Durand, 1866

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. 1. ed. da trad. espanhola, Barcelona, 1960.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. **Revista de Processo**, vol. 208, p. 61-89, jun. 2012, p. 62/64.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 13. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Procedimentos especiais: exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. v. 13: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20001.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. São Paulo: RT, 2019.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. Curitiba:

Juruá, 2018.

SOARES, Marcelo Negri; CAARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2019. v. 1. 174p.

SOUSA, Diego Crevelin. **Imparcialidade**: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2021.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil**. Cadernos de Direito Privado n° 43 jul/set. 2013.

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

SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos Ferreira de. **A decisão da inconstitucionalidade**: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA; Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coord.). Pontes de Miranda e o direito processual. Salvador: JusPodivm, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.). **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STUBBS, William. **Germany in the early middle ages, 476-1250**. Londres: Longmans, Green, and Co., 1908.

TAKOI, Sérgio Massaru. O devido processo legal contemporâneo e o direito processual civil brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 105, n. 404, p. 281-293, jul./ago. 2009, p. 283.

TARUFFO, Michele. Garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato. **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 119, jan./mar. 2004.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. vol.III, p. 468.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. 1. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto. et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Procedimentos Especiais. Vol. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOBEÑAS, José Castán. **Derecho Civil Español, Comun y Foral**. 14. ed. Madrid, Reus S. A., 1992, tomo 2º, vol. 1º 708.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. .

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários**. In: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: RT, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Reais. Vol.4. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milano: Giuffrè, 1973.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Direito das coisas Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A flexibilidade procedimental como instrumento aliado da celeridade e da efetividade do processo**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184713,21048A+flexibilidade+procedimental+como+instrumento+aliado+da+celeridade+e>>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 63, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodriguez; TALIMANI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: procedimento cautelar e procedimentos especiais. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas**. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). Juizado especial de pequenas causas. São Paulo: RT, 1985.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos**

**judiciais.** São Paulo: RT, 1980.

WOLFF, Martin. **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.** 12/14 Afl. 4. Bearbeitung. Marburg : Elwert, 1921. 2. B., 1 Abt. (Sachenrecht). São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Presunções absolutas e devido processo legal ? inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 61, p. 33-40, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29/30.

ZUFELATO, Camilo et al (coords.). **1º Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 245-26.

ZUFELATO, Camilo. **Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro.** In: ZUFELATO, Camilo et al (coords.). 1º Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 245-264.