



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E O PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE E EXPECTATIVA**

por

LUIZA DIAS MARTINS

**ORIENTADOR: MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA
FERREIRA**

2012.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE E EXPECTATIVA

por

LUIZA DIAS MARTINS

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção
do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Marcio Vieira
Souto Costa Ferreira

2012.2

Aos meus pais, José e Sonia, fontes inesgotáveis de amor, por possibilitarem a realização desse sonho.

Aos meus irmãos, Leonardo, Gustavo e Guilherme, por indicarem diariamente a presença de Deus em minha vida.

Ao João Pedro, por todo companheirismo, carinho e paciência em todos os momentos.

Se houver algo de bom nesta monografia, dedico a vocês.

Agradecimentos

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, professor e advogado admirável, Marcio Vieira Souto Costa Ferreira, pelos instigantes questionamentos suscitados durante a elaboração desta monografia, que diversas vezes me fizeram repensar minha opinião.

Ao brilhante Sergio Bermudes, pela oportunidade de estagiar em um escritório tão estimulante e responsável pelo fortalecimento da minha paixão pelo contencioso. Apenas possuí a segurança necessária para optar pelo tema desta monografia após recorrer-me aos seus nobres conselhos.

Agradeço, também, aos colegas do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes por me ensinarem a sempre fugir da obviedade.

Por fim, agradeço aos meus pais, José e Sonia, por jamais terem medido esforços para me proporcionarem uma sólida formação acadêmica. Sem vocês, nada disso seria possível.

Resumo

O estudo da flexibilização procedimental se mostra incontornável diante das inovações trazidas pelo Projeto de Lei nº 8.046/10, o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Sua plena inserção na realidade forense brasileira, entretanto, é percebida com certo ceticismo por parte dos processualistas, visto que, em um primeiro momento, o novel instituto pode parecer incompatível com o sistema da legalidade das formas procedimentais. Não obstante a perplexidade inicialmente provocada pelo tema, a presente monografia pretende demonstrar que sua efetiva introdução na praxe brasileira não é apenas compatível com o ordenamento jurídico processual brasileiro, mas também um anseio da atual perspectiva metodológica instrumentalista do processo. Caberá à doutrina e jurisprudência, entretanto, concretizarem os esforços legislativos.

PALAVRAS CHAVE: Flexibilização. Procedimento. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Expectativas.

Sumário

1. Introdução, **7**
2. Flexibilização procedimental, **11**
 - 2.1. Flexibilização legal, **17**
 - 2.1.1. Flexibilização procedimental legal no ordenamento processual brasileiro, **19**
 - 2.2. Flexibilização judicial, **32**
 - 2.2.1. Flexibilização procedimental judicial no ordenamento processual brasileiro, **34**
 - 2.3. Flexibilização voluntária, **36**
 - 2.3.1. Flexibilização procedimental voluntária no ordenamento processual brasileiro, **37**
3. Pressupostos e requisitos para a flexibilização do procedimento, **40**
 - 3.1.1. Pressupostos, **41**
 - 3.1.2. Requisitos, **43**
 - 3.1.3. Considerações finais, **45**
4. Adaptação do procedimento na experiência estrangeira, **47**
 - 4.1. Portugal: o “*dever de gestão processual*” e o “*princípio da adequação formal*”, **47**
 - 4.2. Inglaterra: o “*case management powers*”, **53**
5. A Flexibilização do Procedimento e o Projeto do Novo Código de Processo Civil, **59**
6. Conclusão, **63**
7. Referências bibliográficas, **65**

Lista de Abreviações

CPC – Código de Processo Civil

CPR – *Civil Procedure Rules*

DJU – Diário de Justiça da União

DL – Decreto-Lei

L. - Lei

Min. – Ministro(a)

P. – Página

PL – Projeto de Lei

Rel. – Relator(a)

Resp – Recurso Especial

RPE – Regime Processual Experimental

STJ – Superior Tribunal de Justiça

1. Introdução

A intensificação das relações sociais combinada com a mentalidade litigiosa da sociedade brasileira, na qual a utilização dos meios alternativos de composição de conflitos ainda se faz incipiente, contribui para o exponencial aumento dos casos submetidos à apreciação do Judiciário. Cumulativamente, se tem no direito processual civil pátrio forte tendência ao formalismo, antagonicamente, defendido como “inimigo do arbítrio”¹ e atacado como “emboscada procedimental”². Sem dúvida, vive-se a anunciada “crise do processo”³.

Apesar de a realidade impor a concretização dos valores da celeridade e da eficiência, clamando pelo progresso também no direito processual, há a conservação de regras e procedimentos inadequados aos direitos materiais em questão e, muitas vezes, morosos e burocráticos. Esse formalismo exacerbado tem conduzido a situações antes toleráveis, mas que, no atual contexto, se mostram incongruentes com o que se espera da prestação jurisdicional. Não são raros os casos em que os aplicadores do direito cedem ao apego ao formalismo excessivo e “recorrendo a uma regra pertinente a prazo ou forma, sucumbe à tentação de ‘facilitar o seu trabalho’”⁴, atuando em verdadeira denegação de justiça. O que deveria servir de remédio, se tornou veneno.

¹Conforme leciona Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o formalismo reveste-se de poder ordenador e organizador, que restringe o arbítrio judicial, promove a igualdade das partes e empresta maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial.” (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo : Saraiva, 1997. 183 p.).

²“Mais même quand une formalité est prévue par une loi et qu’elle se révèle être un ‘piège procédural’, il y a un formalisme excessif.” (TROLLER, Alois. L’influence de La Constitution Fédérale de La Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile. p. 638. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denos. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Milano, Giuffrè, 1973.)

³ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001. p. 49.

⁴DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 194.

As exigências dos novos tempos fizeram com que o direito processual e seus institutos fossem repensados e reavaliados, a fim de se adaptarem às demandas e necessidades impostas pela atualidade. Surgiu, assim, a flexibilização procedimental, tema deste trabalho, como uma possível solução a esses anseios.

O referido instituto, muitas vezes camuflado sob a denominação de “princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa”⁵ e outras variantes, em síntese, consiste em “uma alternativa para as técnicas processuais que eventualmente sejam inapropriadas diante da relação jurídica apresentada”⁶, sugerindo a adaptação dos modelos de procedimento ao direito material a ser tutelado no caso concreto. Defende, assim, a mitigação da chamada “teoria das nulidades”, a maleabilidade dos prazos processuais, o abrandamento do regime das preclusões e outros mecanismos tendentes a engessar o procedimento e obstacularizar a efetiva proteção ao bem jurídico em questão.

A presente monografia busca incentivar o debate acerca da flexibilização procedimental e analisar – com base na doutrina, na legislação e no direito comparado – a possibilidade e a compatibilidade de sua plena inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Este estudo adquire relevância diante do Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Em seu art. 118, o Projeto de Lei prevê o seguinte:

“Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;”

⁵CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas : Bookseller, 1999. p. 258.

⁶CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização Procedimental*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. VI. p. 136.

Apesar da substancial redução de seu conteúdo face ao dispositivo original presente no Anteprojeto do Código de Processo Civil (Lei do Senado nº 166, de 2010), em que se conferia ao magistrado amplos poderes para “alterar fases e atos processuais a fim de adequar o procedimento às especificações do conflito”⁷, sua presença no Projeto de Lei nº 8.046/10 vem de encontro aos anseios de muitos operadores do direito⁸.

Nesse sentido, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto destaca na “Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”, dentre outros objetivos, o desejo em “criar condições para que o juiz possa proferir decisões de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”⁹. Revela-se, assim, a tendência do direito processual civil brasileiro de caminhar ao encontro da flexibilização do procedimento.

Logo em seguida a este primeiro capítulo introdutório, serão expostas breves considerações acerca do instituto-tema e suas três possíveis manifestações, quais sejam: (i) por disposição legal; (ii) por força de iniciativa judicial e (iii) pela vontade das partes.

⁷A redação original do artigo dispunha o seguinte: “Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;”. Além disso, constava no Anteprojeto ainda outra previsão legal relevante à flexibilização, mas totalmente removida do texto atual, que dispunha o seguinte: “Art. 151. §1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.”.

⁸ “A mais importante reforma que a legislação processual reclama, pois, é a simplificação do procedimento, para adaptá-lo, adequá-lo, quiça aproximá-lo do anseio de celeridade e eficiência por todos manifestado.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001. p. 55)

⁹“ Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 19 de jun. 2012.)

Após, se passará à indicação dos pressupostos e requisitos que devem controlar a aplicação da flexibilização do procedimento, visto que o presente trabalho não nega seu caráter excepcional. Esses elementos - destacando-se como requisitos a finalidade, o contraditório e a fundamentação -, servirão, portanto, de balizas para a aplicação (ou não) do instituto, bem como de sua extensão.

Em seguida, se passará a uma breve incursão sobre os mecanismos de adaptação do procedimento na experiência estrangeira, em especial o “dever de gestão processual” português e o “case management powers” inglês. Em ambos ordenamentos jurídicos alienígenas, foram introduzidas regras que mitigam o formalismo excessivo a partir do fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado. Ao que parece, os dois institutos elencados trouxeram significativas melhorias à prestação jurisdicional de seus respectivos países. Acredita-se que essas experiências são capazes de propiciar o desenvolvimento da flexibilização procedimental na realidade brasileira.

Por fim, será analisada mais detidamente a presença da flexibilização do procedimento no Novo Código de Processo Civil e as perspectivas de mudança na realidade brasileira.

Uma vez analisados todos esses pontos, a conclusão buscará encontrar a solução mais adequada ao contexto brasileiro, levando em consideração a realidade do ordenamento jurídico pátrio.

2. Flexibilização do procedimento

No ordenamento jurídico brasileiro, baseado na tradição romano-germânica, a lei escrita possui acentuado valor. Isso porque a norma jurídica positiva, geral e abstrata ocupa posição de relevo, já que uma das principais fontes do direito¹⁰.

Nesse contexto, o aparato normativo processual pátrio, que se orienta pelo sistema da legalidade das formas procedimentais¹¹, desempenha função precípua. Ocorre que o referido conjunto de normas reúne regras de procedimento eminentemente rígidas¹², que pouco permitem seu amoldamento ao caso concreto. A forma prescrita na lei é preceito absoluto e idêntico a todos os litígios levados à apreciação do Poder Judiciário, não obstante a diversidade das demandas existentes na atualidade.

O sistema da legalidade das formas procedimentais, entretanto, não se trata de uma opção acidental, mas decorre da perspectiva publicista do processo¹³, cujas regras são de ordem pública, e da necessidade de se conferir ao rito maior segurança e previsibilidade. Entende-se que, com

¹⁰ “La loi, considérée *lato sensu*, est en apparence, de nos jours, la source primordiale, presque exclusive, du droit dans les pays de la famille romano-germanique.” (DAVID, Renée. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9ª Ed. Paris : Dalloz, 1988. p.107)

¹¹ “Historicamente, conhecemos três sistemas segundo os quais deve ser realizada a atividade processual: a) o sistema da liberdade das formas, b) o de sua legalidade e c) o judicial. (...) O sistema da legalidade é exatamente o oposto do anterior. Significa que a atuação das partes e do juiz tendente ao provimento jurisdicional deve obedecer aos modelos de condutas estabelecidos nas normas legais. Assim, a atividade processual só alcança seu objetivo se obedecer aos padrões de conduta prefixados no direito.” (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 3ª Ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 261/262.)

¹² Da leitura do art. 154 do Código de Processo Civil, um desavisado poderá concluir que a disciplina processual brasileiro adotou o sistema da liberdade das formas, visto o teor do referido dispositivo: “os atos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir”. Contudo, ao disciplinar os atos procedimentais em espécie, a legislação processual impõe exigências formais, situando-se, portanto, no âmbito da legalidade formal. Por essa razão, pode-se afirmar que o procedimento brasileiro é eminentemente rígido.

¹³ “O direito processual civil pertence ao grupo das disciplinas que formam o Direito Público, pois regula o exercício de parte de uma das funções soberanas do Estado, que é a jurisdição. Não se pode deixar de consignar que, mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem jurídica, mediante realização da vontade concreta da lei.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 2007. 7 p.).

uma margem mínima de disposição do procedimento pelos envolvidos na atividade jurisdicional é evitado o arbítrio dos julgadores e, concomitantemente, assegurada a isonomia no tratamento dispensado às partes.

Confira-se, nesse sentido, a opinião de MARCELO JOSÉ MAGALHAES BONICIO:

O procedimento fixado em lei é, antes de tudo, uma garantia de que haverá chances iguais para todos, em qualquer circunstância ou localidade do país. Se não fosse assim, em cada cidade ou região, poderiam existir regras diferentes, eventualmente injustas, ou mesmo juízes arbitrários, que entendessem que os ritos processuais poderiam ser, por exemplo, mais informais, ou, ainda, eminentemente orais.¹⁴

Não é diferente a posição de CANDIDO RANGEL DINAMARCO, que assevera o seguinte:

O procedimento como técnica e a necessidade de sua observância constituem fatores de segurança dos litigantes, sem os quais se abriria caminho para abusos, arbitrariedades e conseqüente insegurança. Afastados os exageros de um passado extremamente apegado à rigidez formal, a definição dos procedimentos é um aspecto do princípio da legalidade vigente no Estado-de-direito (devido processo legal).¹⁵

Traga-se a ribalta, ainda, a lição de GIUSEPPE CHIOVENDA quanto ao papel das formas no direito:

“D'altro lato le forme sole rendono possibile la precisa determinazione dell'oggetto delle contestazioni; tracciando la via che le parti debbono seguire sostituiscono l'ordine al disordine, e se ciò porta ritardi evita ritardi maggiori; escludono la licenza dei litiganti e l'arbitrio del giudice, garantendo il libero esercizio della difesa giudiziale (...)”¹⁶

¹⁴ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo : garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. 1ª ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 149.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

¹⁶ Em tradução livre: “Por outro lado, as formas por si só tornam possível a determinação precisa do objeto das disputas, traçando o caminho que as partes devem seguir, substituem a desordem e se isso traz mais atrasos evita atrasos maiores; excluem a licença dos litigantes e a vontade do juiz, garantindo o livre exercício da defesa judicial (...)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. vol. I, Roma : Società Ed. Foro Italiano, 1930, 356 p.)

Tampouco passa despercebido o alerta de ANTONIO DO PASSO CABRAL quanto aos riscos de uma flexibilização total, que, em suas palavras, conduziria a “*um completo desastre*”¹⁷. Para o renomado processualista, “*ao mesmo tempo em que previne do tratamento desigual do julgador, a formalidade evita os excessos de uma parte em relação à outra, atuando como fator de isonomia e paridade também entre os contendores*”¹⁸.

Todavia, se por um lado os argumentos trazidos pelos que defendem um procedimento estático têm sua razão, por outro os processualistas não podem fechar os olhos para o real escopo do processo, que é oferecer ao direito material uma justa e efetiva prestação jurisdicional.

Nesse diapasão, cumpre destacar a preciosa lição de JOSÉ DOS SANTOS BEDAQUE quanto à finalidade do processo:

Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão de direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão para alcançar seus fins.¹⁹

Como se vê, o processo não é instituto finalístico, pois tem por propósito a concretização dos ideais da justiça e da busca pela verdade, viabilizando uma legítima prestação jurisdicional aos que se socorrem do Poder Judiciário. Cumpre ao procedimento, por sua vez, exteriorizar a reunião dos atos que dão corpo a esse processo justo²⁰.

¹⁷ Nas palavras de Antonio do Passo Cabral “as formalidades produzem uma gestão de risco do insucesso do procedimento: trocam uma melhora possível (a rapidez e justeza apenas potenciais), pela previsibilidade de evitar, na maior parte dos casos, um completo desastre” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9).

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. Malheiros : São Paulo, 1995, p. 12.

²⁰ “O procedimento é a marcha dos atos processuais, coordenados sob formas e ritos, para que o processo alcance o seu escopo e objetivo” (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I, 9ª Edição, Millennium : Campinas, 2003. p.10).

No entanto, consoante já introduzido nessa monografia, não raras vezes, as regras de procedimento conduzem a uma verdadeira “emboscada procedimental”²¹, se tornando um obstáculo ao real e efetivo desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Confira-se, a propósito, outro trecho da lição de JOSÉ DOS SANTOS BEDAQUE, que destaca os riscos do formalismo processual exacerbado frente aos escopos da função jurisdicional:

O processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, perde a relação com seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribuindo para o amesquinamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigências formais, obscurecendo a característica principal dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social.

Não se pode olvidar, ainda, que o formalismo desmedido também alimenta os processos, pois provoca incidentes desnecessários que acabam se transformando em recursos. Os Tribunais brasileiros estão abarrotados de questões processuais, o que torna ainda mais demorada a solução definitiva da crise do direito material.²²

A conhecida “degeneração das formas”, na verdade, não é novidade na realidade processual, mas fato recorrente na história das instituições do direito. Veja-se, por oportuno, a lição de PIERO CALAMANDREI:

Mas ‘a história das instituições judiciais demonstra que as formas adotadas originariamente para alcançar certos fins, tendem a – Degeneração das formas – sobreviver a sua função e a permanecer cristalizadas na prática mesmo depois de terminada sua justificação histórica, como fim de si mesmas’ (Rel. Grandi, nº 15); assim, às vezes, o valor puramente instrumental das formas que deveriam servir para facilitar a justiça, degenera em formalismo e as mesmas se convertem em objeto de culto cego como fórmulas rituais que têm por si mesmas um valor sacramental (na linguagem forense, com efeito, o procedimento se chama também ‘rito’). E, em tais casos, não deixa de ter fundamento a repugnância dos profanos, entre os quais é comum a crença de que ‘o procedimento mata o direito’.²³

²¹ TROLLER, Alois. *L'influence de La Constitution Fédérale de La Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux em matière de procédure civile*. p. 638. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denos. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano, Giuffrè, 1973..

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Malheiros : São Paulo, 2006. 30 p.

²³ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas : Bookseller, 1999. 257 p..

Com efeito, o processo civil moderno não tolera mais o formalismo *per se*, que diverge essencialmente de sua nova perspectiva instrumentalista²⁴. O atual momento metodológico do estudo do processo impõe o reconhecimento da permeabilidade do sistema processual pelos valores que se pretende efetivamente assegurar²⁵. Não é possível harmonizar essa mudança de paradigma com a manutenção da mentalidade de conservação da forma a qualquer custo, por mero academicismo.

Na verdade, a compreensão do processo como instrumento de concretização dos valores essenciais à justiça é uma tendência universal do estudo processual²⁶, que não pode ser ignorada pela realidade brasileira.

Nesse contexto, o clamor da sociedade por uma prestação jurisdicional efetiva e adequada aliado à percepção instrumental do processo conduz ao prestígio da eficiência frente aos demais valores em jogo. Essa posição de destaque conferida à efetividade é alvo dos ensinamentos de TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL, que abaixo se transcreve:

²⁴ “Antigamente, vigorava o entendimento de que o processo não seria apenas um instrumento, mas um produto, cujas regras deveriam ser totalmente observadas. Nesse sentido, não poderia haver qualquer mínimo vício. O mais importante não era o pedido ou a justiça, mas principalmente não haver qualquer imperfeição; havia o chamado “culto à forma”. Todavia, com a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, foi sendo desenvolvida e reforçada entre nós a teoria da instrumentalidade do processo, provocando mudanças importantes no cenário jurídico a partir da introdução de novos paradigmas na interpretação das leis processuais. Dessa forma, o processo deve ser concebido não mais como um fim em si mesmo, mas como um meio apto a assegurar um direito invocado (instrumentalidade negativa). Isso porque, conforme ressalta Dinamarco, a necessidade de oferecer segurança jurídica deve conviver com o princípio da liberdade e a racionalidade no exercício do poder de modo a alcançar o desejável equilíbrio entre a legalidade e a liberdade formal. Não obstante, fala-se também na instrumentalidade em seu aspecto positivo, ou seja, defende-se que através do processo o Estado seja capaz de realizar os escopos jurídicos, políticos e sociais da Jurisdição, impondo o cumprimento dos preceitos jurídicos para a realização de justiça e, por conseguinte, para a felicidade de todos.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina do. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2007, 136 p.).

²⁵ “A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª Ed, Malheiros : São Paulo, 2008. p.23).

²⁶ “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal.” (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª Ed, Malheiros: São Paulo, 2008, 25 p.).

Nessa transformação processual, dois valores são constantemente confrontados para fins de se identificar o que mais se ajusta com a finalidade do processo: a segurança jurídica e a efetividade. A segurança jurídica é responsável pela previsibilidade necessária às relações processuais e à garantia do devido processo legal. Já a efetividade confere celeridade à prestação jurisdicional e otimiza as formalidades procedimentais.

Ambos os parâmetros valorativos - segurança jurídica e efetividade - possuem relevância e demandam cuidados quando da apreciação, mas, inegavelmente, a efetividade vem se destacando no cenário das alterações processuais, como forma de se atingir de modo mais eficaz no exercício da jurisdição.

O prestígio à efetividade deve-se a vários fatores, que vão desde uma justificativa axiológica, em que se prima por mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios, por meio de técnicas processuais comprometidas com o escopo do processo, até a pragmática, que leva em consideração a atual estrutura judiciária e as tentativas de melhorá-la.

Trata-se, na verdade, do desdobramento das alterações ideológicas sofridas no nosso Estado Democrático de Direito e seus reflexos no campo do processo. Esse novo modelo de Estado fez com que vários institutos processuais precisassem ser revisitados e reavaliados, para se adaptarem às exigências e às necessidades que hoje estão presentes na disciplina processual.²⁷

Como se vê, a celeridade da prestação jurisdicional e a otimização das formalidades procedimentais são os maiores anseios da atualidade.

Ressalte-se, entretanto, que não há uma negativa de outros parâmetros valorativos – como os contrários à flexibilização do procedimento tentam fazer acreditar –, mas sim a adoção de novas premissas para a ponderação entre os bens em tutela e os objetivos que se pretende perquirir através da atividade jurisdicional.

Como o presente trabalho busca demonstrar, é possível a coexistência pacífica da mitigação do procedimento rígido, conferindo-lhe maior elasticidade e, conseqüentemente, maior adequação aos litígios levados ao Poder Judiciário, com a conservação da previsibilidade e da segurança jurídica das decisões. Essa questão será detidamente analisada no capítulo 3 dessa monografia, no qual serão aprofundados os pressupostos e requisitos autorizadores da flexibilização do procedimento.

²⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano 5. 2011. 136 p. <http://www.redp.com.br/edicao_07.htm>.

Por ora, serão apresentados os sistemas de flexibilização do procedimento, classificação desenvolvida por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI em tese de doutorado que se tornou referência no estudo do instituto-tema²⁸. Segundo a obra do autor, são reconhecidos três sistemas de flexibilização do procedimento, quais sejam: (i) flexibilização procedimental legal; (ii) flexibilização procedimental judicial; e (iii) flexibilização procedimental voluntária.

2.1 Flexibilização procedimental legal

É possível, por força da lei, ser autorizado ao juiz a adequação do procedimento ao caso concreto. Segundo a classificação doutrinária adotada por essa monografia, essa permissão legal pode ser: (i) condicionada ou (ii) incondicionada à vontade do legislador.

Na primeira hipótese, em que há a flexibilização legal condicionada, a lei confere ao magistrado o poder de gestão sobre o rito a ser adotado, limitando, contudo, sua atuação ao rol taxativo constante em sua redação. Ou seja, a previsão legislativa que autoriza a variação ritual oferece ao juiz opções alternativas de procedimento, às quais ficará adstrito o magistrado no momento da eleição do rito mais adequado.

Na segunda hipótese, na qual a flexibilização do procedimento é incondicionada, a previsão legal é genérica. Em linhas gerais, nesse caso, a lei autoriza o magistrado a adotar o procedimento que lhe aparecer mais adequado à tutela do direito material em questão.

Frise-se, entretanto, que, não obstante a opção da doutrina pelo termo “incondicionada”, no sistema de flexibilização legal genérico a atividade criadora do magistrado é, sim, limitada. A eleição da via procedimental mais adequada não é produto de mero “capricho” do julgador, mas resultado alcançado através da cooperação das partes e perquirido de acordo

²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008.

com os princípios norteadores da atividade jurisdicional. A opção do procedimento, portanto, será o resultado que, à luz dos ideais de justiça, moralidade e economia, melhor se adequar à efetiva resolução da espécie.

Confira-se, por oportuno, lição de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI que trata dos balizadores da atividade criadora do magistrado quando diante de previsão legal incondicionada que autorize a variação ritual:

Anote-se que nas situações em que é conferido ao juiz o poder de eleger o melhor procedimento para o caso, sua decisão deve ser pautada pela consciência e equidade, o que não significa que o juiz seja livre para decidir segundo seu capricho individual. A autorização é para que, em conjunto com as partes, procure, caso a caso, a solução que corresponda melhor às concepções morais e econômicas vigentes ao seu tempo, adaptando o procedimento, assim, às circunstâncias subjetivas ou objetivas da causa.²⁹

Em virtude do alinhamento do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema da legalidade das formas processuais, a flexibilização procedimental por autorização legal parece ser o modelo mais apropriado à realidade jurídica pátria – especialmente em sua modalidade “condicionada” – e, conseqüentemente, o melhor aceito pelos operadores do direito.

Sua aceitação pela doutrina nacional, na verdade, parece ser fato incontornável, haja vista o teor do art. 118, V³⁰, do Projeto de Lei nº 8.046/10, o “Projeto do Novo Código de Processo Civil.”

Entretanto, não é necessária a promulgação e vigência do Novo Código de Processo Civil para que previsões legais autorizadoras da variação ritual sejam introduzidas na realidade brasileira. Como se verá na

²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008, 140 p.

³⁰ Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

subseção *infra*, ambos subsistemas do modelo legal se manifestam em diversas oportunidades ao longo da legislação processual brasileira.

2.1.1. Flexibilização procedimental legal no ordenamento processual brasileiro

Na legislação processual brasileira já é possível identificar inúmeras previsões legais, condicionadas e incondicionadas, que autorizam a flexibilização do procedimento. Por ora, serão apontados alguns desses dispositivos, identificados durante a elaboração dessa monografia.

Ressalte-se, contudo, que o presente rol não pretende exaurir as espécies de flexibilização do procedimento legalmente previstas, admitindo-se desde logo a identificação de outras normas que revelem a existência do referido sistema de flexibilização pelo direito processual pátrio.

Para melhor estudo do tema, serão abordados, em primeiro lugar, as hipóteses de flexibilização do procedimento por previsão legal incondicionada e, em seguida, as hipóteses de flexibilização do procedimento por previsão legal condicionada.

Tratam-se de previsões legais incondicionadas de flexibilização do procedimento: (i) art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); (ii) art. 1.109 do Código de Processo Civil; (iii) art. 21, §1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/06); e (iv) art. 6º da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

O art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe o seguinte:

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

O indigitado dispositivo autoriza a autoridade judiciária (*rectius*: magistrado) adotar o procedimento que lhe parecer mais adequado quando inexistir previsão legal acerca do procedimento da medida judicial. Não há nesse caso, portanto, a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil³¹.

O art. 1.109 do Código de Processo Civil, por sua vez, rege as hipóteses de jurisdição voluntária em que não há procedimento especial estabelecido³². O referido dispositivo preceitua o seguinte:

Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Mais uma vez, é autorizando ao magistrado a adoção da “solução que reputar mais conveniente ou oportuna” à efetiva resolução do caso em análise. Afasta-se, nos termos do referido dispositivo, o “critério de legalidade estrita”.

Há quem entenda que a liberdade oferecida pelo mencionado artigo se aplica apenas aos atos de decisão do julgador, não havendo de se falar em autorização para alteração do procedimento. O dispositivo autorizaria,

³¹ “À inexistência de procedimento específico, a regra não é a da aplicação subsidiária do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado. Por outro lado, não está ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa, não tendo aplicação estrita, no regime do Estatuto, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*). Cabe ao magistrado adotar a iniciativa para investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, como é explícito o dispositivo comentado, o que bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel mais ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual.” (WATANABE, Kazuo. In CURY, Munir et all. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1996. 455 p.)

³² Isso porque o art. 1.109 está situado no mesmo capítulo do art. 1.103, que, por sua vez, dispõe o seguinte: “Art. 1.103. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo.”.

assim, o julgamento por equidade, dentre outros parâmetros valorativos diversos do “critério da legalidade estrita”.

Nesse sentido, cumpre destacar trecho de voto da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, no qual adotou a mesma orientação quando relatora do Recurso Especial nº 623.047/RJ. Confira-se :

O disposto no referido artigo é direcionado a modificação das regras para decidir o processo, isto é, permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade, que nada mais é do que a solução mais adequada à situação concreta, mesmo que haja regra legal aplicável à situação. Este é o limite da afirmação legal de que o juiz não está vinculado à legalidade estrita.

Assim, não se extrai do art. 1.109 do CPC autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parte requerida.³³

Todavia, adotando-se a premissa de que art. 1.109 “*permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade*”, para FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI tal entendimento também autorizaria o magistrado adequar o procedimento. Segundo ensinamento do ilustre doutrinador, “*pode o juiz, à luz da equidade, eleger qual o melhor procedimento para a sua atuação em sede de jurisdição voluntária, alterando, excluindo ou acrescentando ato processual à série padrão*”³⁴.

Segundo tal entendimento, é possível admitir que o art. 1.109 autoriza ao magistrado adequar o procedimento nas hipóteses de jurisdição voluntária em que não há procedimento especial estipulado.

O último exemplo de previsão legal genérica de flexibilização do procedimento é o art. 21, §1º, da Lei de Arbitragem, que incumbe ao árbitro ou ao tribunal arbitral a disciplina do procedimento quando este não houver sido pactuado pelas partes.

³³ STJ, REsp 623.047/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Brasília, 14 dez. 2004.

³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 146 p.

Para melhor exame da questão, confira-se o inteiro teor do referido artigo:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

De acordo com o mencionado dispositivo, inexistindo estipulação das partes quanto ao procedimento da arbitragem, caberá ao árbitro decidir sobre o *iter* procedimental a ser seguido.

Nessa hipótese, a atividade do árbitro será limitada apenas pela observância aos princípios preconizados no § 2º do artigo transcrito – quais sejam: os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento –, sendo o julgador da arbitragem livre para adotar as regras procedimentais que melhor se adequarem ao caso em tela³⁵.

Todavia, CARLOS ALBERTO CARMONA vai além do texto legal e assevera, ainda, que o aludido dispositivo aplica-se também às hipóteses em que houver estipulação das partes acerca do procedimento, visto a

³⁵“O árbitro estará livre para empregar as regras que julgar convenientes à solução da controvérsia, devendo zelar apenas para que não sejam desrespeitadas as garantias do devido processo legal.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª Ed., São Paulo : Atlas, 2009, 289 p.)

impossibilidade de serem pré-concebidas todas as situações de uma arbitragem.

Confira-se, a propósito, a lição do renomado doutrinador:

“Seja qual for a escolha das partes quanto ao procedimento, é certo que haverá sempre espaço para o árbitro adaptar ao caso efetivo as regras escolhidas, até porque não se imagina um procedimento pré-concebido que seja tão completo que possa prever todas as situações e vicissitudes de uma arbitragem *in concreto*. Não há como negar, portanto, a existência de um verdadeiro poder normativo do árbitro: esse poder será **pleno** quando ficar por conta do julgador o estabelecimento das regras da arbitragem, ou então será **supletivo** quando as partes tiverem escolhido um regramento pré-existente (mas que nunca será completo e exaustivo). Num caso ou noutro, deverá o árbitro agir com cuidado, de modo a evitar que o procedimento possa ser utilizado por algum dos contendores como forma de procrastinar o feito ou de abrir espaço para eventuais nulidades. A flexibilidade do procedimento, todavia, não significa anarquia, “com partes e árbitros organizando o procedimento de acordo com regras exotéricas, alheias à realidade”, mas sim uma suavização necessária das técnicas típicas do processo estatal, técnicas essas criadas para garantir, em outro ambiente, os direitos dos litigantes.

O processo arbitral – cujos princípios foram realçados pela Lei (art. 21, §2º) – deve servir como garantia para obtenção de uma decisão justa, não sendo um fim em si mesmo.”³⁶

Como se vê, o procedimento arbitral é flexível, admitindo-se na Lei de Arbitragem – norma integrante do aparato normativo processual brasileiro – o amplo poder de gestão dos árbitros sobre o processo arbitral, a fim de se alcançar uma decisão justa.

Há quem também indique como previsão legal genérica de flexibilização do procedimento o art. 6º da Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais. O aludido artigo dispõe o seguinte:

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª Ed., São Paulo : Atlas, 2009, 292 p.

Para FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, alinhando-se à corrente minoritária, ao invés de “equânime”, deve-se entender “equidade”³⁷. Essa interpretação autorizaria a flexibilização do procedimento pelos mesmos argumentos aplicados ao art. 1.109 do Código de Processo Civil, qual seja, a adequação do procedimento pelo julgamento por equidade.

De qualquer forma, independente da corrente doutrinária que se adote para a interpretação do art. 6º, a doutrina é uníssona em admitir a maleabilidade do procedimento em sede de Juizado Especial em razão dos valores norteadores elencados no art. 2º³⁸ da Lei 9.099/95.

Traga-se à ribalta, por oportuno, a lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

O juiz é livre para dar ao feito o procedimento que se revelar mais adequado à rápida e justa composição da lide. Claro é, contudo, que não poderá afastar-se das garantias fundamentais do devido processo legal, cabendo-lhe orientar-se, com liberdade, mas com respeito às necessidades de segurança das partes, sua igualdade e amplas possibilidades de participação em contraditório.³⁹

No mesmo sentido entende CANDIDO RANGEL DINAMARCO, como se vê da lição abaixo:

A Lei dos Juizados Especiais leva ao limite máximo a aplicação do princípio da liberdade das formas (...) Cabe ao juiz, caso a caso, a determinação do como, do onde e do quando de cada ato a ser realizado: ele dará aos atos do processo as formas que convierem em cada caso, sempre atento ao escopo de cada um e

³⁷ “Uma outra corrente, da qual somos partidários, vê no dispositivo verdadeira autorização para julgamento por equidade, autorizada, portanto, de maneira genérica, a flexibilização das normas processuais e materiais em favor do julgamento mais aderente à realidade da causa” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 152 p.)

³⁸ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 38ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2007, 461 p.

atendidas as exigências de segurança das partes, sua igualdade e amplas possibilidades de participação em contraditório.⁴⁰

Ainda segundo o entendimento do ilustre doutrinador, a ampla liberdade formal preconizada na Lei dos Juizados Especiais permite ao julgador romper com a estrutura formal do processo tradicional, como se vê da lição abaixo:

A ampla liberdade formal, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada, nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização. O juiz *criará* modos de tratar as provas, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não estará ultrajando a garantia constitucional do contraditório, mas dando-lhes uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair do imobilismo do juiz-espectador. As citações e intimações serão feitas por modo bastante simplificado e sem rigorosas exigências formais, mas em cada caso o juiz apreciará se cumpriram sua finalidade de comunicação processual, também para que não deixe de ter prevalência o contraditório. Ele dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em paridade de armas.⁴¹

Logo, mesmo que se questione se o art. 6º da Lei nº 9.099/95 versa ou não sobre hipótese genérica de flexibilização do procedimento, a doutrina é firme ao entender pela presença de princípios autorizadores da ampla liberdade formal em sede de Juizado Especial.

Não resta dúvida, portanto, da autorização legislativa conferida ao juiz para adequar o procedimento à tutela do direito material em litígio nos Juizados Especiais.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, São Paulo : Malheiros, 2001, 780/781 p.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade das formas*. 13ª edição. Malheiros: São Paulo, p. 152.

Passando-se ao exame das previsões legais condicionadas de flexibilização do procedimento no aparato normativo processual brasileiro, foram identificados os seguintes dispositivos: (i) art. 125, IV, do Código de Processo Civil; (ii) art. 232, IV, do Código de Processo Civil; (iii) art. 277, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil; (iv) art. 285-A do Código de Processo Civil; (v) art. 330 do Código de Processo Civil; (vi) art. 331, §3º, do Código de Processo Civil; (vii) art. 491 do Código de Processo Civil; (viii) 557 do Código de Processo Civil; e (ix) art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

O art. 125 do Código de Processo Civil, em seu inciso IV, prevê o seguinte:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

(...)

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

O referido inciso autoriza o magistrado a buscar a conciliação das partes em qualquer momento do processo e em qualquer grau de jurisdição.

Ainda que pouco aplicado na realidade forense, o inciso IV do art. 125 do Código de Processo Civil representa inequívoca previsão legal alternativa de flexibilização do procedimento, pois sua aplicação possibilita a alteração da seqüência natural dos atos praticados durante a relação processual, representando uma mudança do *iter* regularmente previsto.

À título de exemplo, pode-se pensar na sua invocação em fase de cumprimento de sentença, hipótese em que ocorreria uma alteração em relação ao rito regular estabelecido nos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil.

Passando-se à análise do art. 232, IV, do Código de Processo Civil, veja-se seu teor:

Art. 232. São requisitos da citação por edital:

(...)

IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;

O inciso IV diz a respeito do prazo que se considerará realizada a citação – nos termos do art. 241, V, do Código de Processo Civil – a partir de quando se iniciará o cômputo do prazo para apresentação de defesa do(s) réu(s)⁴².

Entretanto, em que pese dispositivo conceder ao magistrado a prerrogativa de fixar o prazo que lhe parecer mais adequado à lide em análise, o legislador delimita o poder de escolha do magistrado ao período de 20 a 60 dias, ao qual ficará adstrito. Trata-se, desse modo, de previsão legislativa alternativa.

Já o art. 277 do Código de Processo Civil, em seus §§ 4º e 5º, dispõem o seguinte:

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

(...)

§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.

⁴² “Art. 232: 8. O prazo do n. IV é para que se considere realizada a citação (v. art. 241-V); segue-se, depois, o prazo para defesa (art. 297 c/c art. 184, §2º).” (NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 44ª edição atualizada e reformada. São Paulo : Saraiva. 2012, 328 p.)

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.

Situado no capítulo que versa sobre o procedimento sumário, o referido artigo dispõe sobre as três hipóteses em que é autorizada a conversão do procedimento sumário para o ordinário. São elas: (i) quando acolhida a impugnação ao valor da causa que conduzir a majoração do valor para montante superior a 60 salários-mínimos; (ii) quando acolhida a impugnação que demonstrar a incompatibilidade da natureza da demanda com as hipóteses do art. 275, II, do Código de Processo Civil; e (iii) quando necessária produção de prova pericial “de maior complexidade”.

Nessas três hipóteses, conforme estabelecido em lei, opera-se a adequação do rito pelo julgador, que optará pelo procedimento – ordinário ou sumário – mais apropriado diante das circunstâncias da causa.

Outro exemplo de previsão legal alternativa é o art. 285-A do Código de Processo Civil, que dispõe o seguinte:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

O dispositivo acima transcrito autoriza o julgamento de improcedência *prima facie* em ações repetitivas “quando a matéria controvertida for unicamente de direito”. Nessa hipótese, é autorizado ao magistrado apreciar liminarmente o mérito da ação, sem que haja sequer a citação do réu.

Como se vê, a mencionada previsão legal faculta ao magistrado, quando diante das mencionadas peculiaridades do caso concreto, adaptar o

procedimento a ser seguido, inclusive dispensando a citação e, consequentemente, resposta do réu.

Imbuído do mesmo espírito, tem-se o art. 330 do Código de Processo Civil, que estipula o julgamento antecipado da lide. Tal instituto também faculta ao magistrado abreviar o decurso do procedimento, julgando o mérito precocemente. Confira-se a íntegra do dispositivo:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

O artigo acima permite ao magistrado, quando diante das hipóteses taxativas trazidas em sua redação, dispensar as fases saneadora e instrutória e julgar o mérito desde logo. É facultado ao magistrado, assim, abreviar o *iter* procedimental.

Outro dispositivo legal que também autoriza o sumarização do procedimento é o art. 331, §3º, do Código de Processo Civil, que faculta ao magistrado, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova. É ler e conferir:

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

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

De acordo com o §3º, é facultado ao magistrado, no momento da audiência preliminar, “sanear o processo e ordenar a produção da prova”

quando “o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção”. Ou seja, diante da impossibilidade de ser realizada a conciliação, é autorizado ao magistrado iniciando desde logo a fase de saneamento.

Para FREDIE DIDIER JUNIOR, essa medida representa o fortalecimento do poder de adequação do procedimento pelo magistrado, como se vê da lição abaixo:

Cabe agora ao magistrado verificar, in concreto, se é o caso de marcar a audiência preliminar, sugerindo a lei, para tanto, dois critérios, ambos baseados na viabilidade da conciliação. (...) Reforça-se, também aqui, o poder do juiz de adequação do regramento processual ao caso concreto – o princípio da adaptabilidade do procedimento, a que antes nos referimos no capítulo sobre os princípios de direito processual. Em vez de impor etapa procedimental obrigatória, enrijecendo o procedimento, o legislador transfere ao magistrado a tarefa de examinar a oportunidade da realização de audiência, a ser verificada a partir das peculiaridades do caso concreto.⁴³

Pela incidência do §3º, portanto, é autorizado ao magistrado sintetizar o procedimento legal padrão.

Outro dispositivo que faculta a variação ritual é o art. 491 do Código de Processo Civil, que trata da ação rescisória. Confira-se sua redação:

Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V.

O artigo acima transcrito concede ao desembargador, em sede de ação rescisória, a prerrogativa de fixar o prazo que lhe parecer mais adequado para apresentação da defesa. Contudo, o legislador delimita a atividade gerencial do magistrado pelo período de 15 a 30 dias, ao qual ficará adstrita a decisão. Trata-se, desse modo, de previsão legislativa condicionada.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. I. Podivm : Salvador, 2007. 482 p.

A conhecida regra do art. 557 do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe o seguinte:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Conhecido por instituir “os poderes monocráticos do relator”, o art. 557 faculta ao desembargador relator proferir decisão singular capaz de abreviar a tramitação regular do recurso.

Trata-se de previsão legal condicionada, pois: (i) o julgamento monocrático do recurso pelo desembargador relator dispensa a fase de julgamento colegiado pelo Tribunal; e (ii) as novas vias a serem traçadas nessa hipótese vêm expressas na previsão legal.

Por fim, a última previsão legal condicionada identificada é o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que prevê o seguinte:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Trata-se do conhecido instituto da inversão do ônus da prova, aplicável às relações de consumo, que o legislador deixa “a critério do juiz” decidir pela sua concessão ou não.

Mesmo havendo divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza das regras que inverte o ônus probatório – se seriam essas regras de julgamento⁴⁴ ou de procedimento⁴⁵ –, a lição de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI defende sua natureza procedimental, como se vê abaixo:

Outra posição entende que as regras sobre o ônus da prova, embora sejam, de fato, regras de julgamento, convertem-se *em regras de procedimento* quando invertidas judicialmente, competindo ao juiz, assim, avisar previamente as partes (preferencialmente na audiência preliminar do art. 331 do CPC) que encontra hipossuficiência do consumidor e que, como tal, aplicará de modo invertido o ônus da prova no caso de invencível *non liquet*.⁴⁶

Assumindo, portanto, tratar-se de regra de procedimento, resta inequívoco o enquadramento do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor como previsão legal condicionada de flexibilização do procedimento.

Em breve, espera-se incluir ao rol das previsões legislativas condicionadas o art. 118⁴⁷ do anunciado “Projeto do Novo Código de Processo Civil”.

2.2 Flexibilização procedimental judicial

Trata-se de modalidade de flexibilização do procedimento segundo a qual o próprio magistrado, com base nas variantes do caso concreto, acomoda o procedimento a ser perfilhado. Nesse modelo, é maximizada a

⁴⁴ STJ, REsp 422778/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Brasília, 19 jun. 2007.

⁴⁵ STJ, REsp 662608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Brasília, 12 dez. 2006.

⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 166 p.

⁴⁷ Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

“capacidade de oleiro do julgador”⁴⁸, sendo elevada ao máximo sua capacidade de adequação do procedimento.

Apesar de, em um primeiro momento, o modelo judicial parecer se filiar ao sistema da liberdade das formas, esses em nada se confundem.

Veja-se, a propósito, apontamento de PIERO CALAMANDREI quanto à existência de um terceiro sistema de formas procedimentais, que chama de “disciplina judicial das formas”:

Como natural reação contra estas degenerações formalistas do processo aparece periodicamente na história dos institutos judiciais correntes científicas e legislativas hostis às formas processuais. Também nestes últimos anos, em algumas legislações européias, junto com o renascido favor pelo ‘direito livre’ e com o crescente descrédito do processo de legalidade – Disciplina judicial das formas – em todos os campos, tem-se manifestado uma certa tendência em abolir ou limitar, também no campo das formas do procedimento, a disciplina legal preconstituída, e em substituir a ela o poder discricional do juiz, ao qual deveria ser confiado o ofício de estabelecer, caso a caso, o procedimento que considerado em concreto, melhor se adapte à causa singular. Assim, entre os dois sistemas de legalidade e liberdade, se introduziria um terceiro sistema que poderia chamar de disciplina judicial das formas, segundo o qual as formas processuais não se deixariam sem regulação ao arbítrio das partes, senão que estariam sujeitas em todo procedimento às regras especiais fixadas, caso a caso, pelo mesmo juiz perante o qual o processo se inicia.⁴⁹

Na flexibilização do procedimento por via judicial é autorizado ao juiz, quando diante da ausência ou insuficiência da previsão legal, adequar o procedimento em atenção à efetiva proteção do direito material em tela.

O julgador, nesse caso, desenvolve certa atividade criadora ao aplicar o direito. Essa, contudo, é plenamente compatível com a função julgadora, conforme se depreende da lição de GUILHERME FREIRE BARROS TEIXEIRA ora transcrita:

A aplicação do direito é uma ‘obra de acomodação do geral ao concreto’, demandando incessante trabalho de adaptação e até mesmo de criação, já que a

⁴⁸ Expressão de autoria de Luís Correia de Mendonça. (*Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)*). Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, n. 170, 244 p.).

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. vol. I. Campinas : Bookseller, 1999. p. 258.

lei não pode prever todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.⁵⁰

Defende FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, que, quando “*não eleito procedimento adequado pela lei em vista do direito material ou da situação especial da parte litigante, compete ao juiz, com a constante colaboração das partes e observadas as condicionantes*”⁵¹ – isso é, os pressupostos e requisitos abordados no capítulo 3 – fazê-lo.

Em que pese o receio inicialmente provocado por essa sugestão, não é necessário que o ordenamento jurídico brasileiro se alinhe a outro sistema de formas para que a algumas manifestações da flexibilização procedimental judicial sejam inseridas na realidade pátria. Como se verá na subseção abaixo, o modelo judicial já se manifesta em algumas oportunidades da praxe forense.

2.2.1 Flexibilização procedimental judicial no ordenamento processual brasileiro

Atualmente, é possível identificar algumas situações práticas nas quais, pela ausência de previsão legal adequada à espécie ou até mesmo diante de sua insuficiência, têm competido ao juiz promover a efetiva prestação jurisdicional.

Mais uma vez, ressalta-se que a presente monografia não tem a pretensão de ser exaustiva, admitindo-se a o reconhecimento de outras situações que desloquem o “*o foco da legalidade das formas em favor da flexibilização judicial do procedimento*”⁵².

⁵⁰ TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 109. *apud* CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 139 p.

⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 183 p.

⁵² Op. cit., p. 183..

Reconhece-se como exemplo de flexibilização do procedimento por via judicial a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A medida é realizada na prática forense para adequar o procedimento com base na teoria da distribuição dinâmica da prova, que consiste, em apertada síntese, na inversão do ônus da prova quando uma das partes for hipossuficiente para sua produção.

Sobre a referida teoria, veja-se os ensinamentos de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

A sociedade e o direito material, consoante se observou, encontram-se em intensa transformação, razão pela qual a regra geral disposta no art. 333 do CPC, concebida para a realidade existente na década de 1970, não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese, como se os sujeitos da relação jurídica se encontrassem, sempre em condições de igualdade (*waffengleichhert*). Diante disso, excepciona-se a regra disposta no art. 333 do CPC e permite-se a distribuição dinâmica do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que a outra. Dá-se, no caso, a distribuição dinâmica do ônus da prova.⁵³

Apesar da teoria já se encontrar expressa no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sua aplicação se restringe às ações consumeristas. Para as demais ações, no entanto, não existe previsão legal autorizadora da distribuição do ônus da prova de modo diverso do previsto no art. 333 do Código de Processo Civil.

Nessa hipótese, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, identificar a hipossuficiência da parte e aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova. Dispensa-se a previsão legal do art. 333, portanto, a fim de conferir maior justiça à hipótese dos autos.

2.3 Flexibilização procedimental voluntária

O terceiro e último sistema é a flexibilização procedimental voluntária, que confere às partes o poder de eleger o procedimento a ser adotado, alterando-o seja em todo ou em parte.

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento*. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2009, 209/210 p.

Nas palavras de TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL, na flexibilização voluntária, “*a parte elege o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seu direito. Assim, concilia-se o ativismo do juiz com o ativismo das partes*”⁵⁴.

Apesar da indisponibilidade das regras de procedimento, em razão da cogência das normas processuais em geral, sustenta FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI que esse entendimento deve ser mitigado quando representar um obstáculo à efetiva prestação jurisdicional⁵⁵.

No mesmo sentido, tem-se o opinião de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, para quem se deve permitir ao juiz e às partes maior participação na eleição da via procedimental adequada. Confira-se:

Devem ser levados em conta não apenas a relação substancial objeto do litígio, mas, também, elementos e dados capazes de imprimir maior velocidade à marcha do procedimento, ao mesmo tempo que lhe atribuíam mais aptidão para a adequada investigação dos fatos, de modo a ser alcançado um julgamento não só célere como justo (incluída sua repercussão *extra partes*). Em suma, é necessário permitir ao juiz e às partes influir na escolha do procedimento que se mostre mais adequado, a bem de conferir o máximo possível de eficiência ao processo.⁵⁶

Como se aprofundará no subitem seguinte, as partes já possuem certas prerrogativas quanto ao manejo do procedimento. Essas, contudo, ainda se fazem incipientes.

2.3.1 Flexibilização procedimental voluntária no ordenamento processual brasileiro

Em sua tese, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI propõe algumas hipóteses em que se poderia conferir às partes a possibilidade de alterar o procedimento sem que houvesse previsão legal para tanto. Sugere

⁵⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 145 p.

⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 215 p.

⁵⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001. 55 p.

o autor, à guisa de exemplo, a flexibilização das normas procedimentais em favor da eleição do procedimento pela parte, a prorrogação convencional de prazos e a eleição do ato processual da série.

Não obstante tais sugestões – que possivelmente se fortalecerão com a introdução dos institutos do acordo do procedimento e do calendário processual no Novo Código de Processo Civil –, foram identificadas outras hipóteses, com a devida autorização legal, que já permitem aos litigantes adequar, ainda que minimamente, a marcha procedimental. São elas: (i) modificação do pedido; (ii) convenção das partes sobre o ônus da prova; (iii) suspensão do processo; (iv) desistência de medidas executivas ou de toda a execução; e (v) renúncia ao direito de recorrer.

Os arts. 294⁵⁷ e 264⁵⁸ do Código de Processo Civil preveem as hipóteses de modificação do pedido, respectivamente, antes e após a citação do réu. Ambos dispositivos facultam a alteração do pedido pelo demandante, o que é capaz de alterar o procedimento do feito. Isso porque, dependendo da natureza do pedido, o processo poderá ser submetido a um novo procedimento.

Supondo, por exemplo, que o autor proponha ação de consignação de pagamento, cujo procedimento especial é previsto nos arts. 890 e seguintes do Código de Processo Civil, e, após, acrescente pedido de anulação de débito. Nessa hipótese, haverá a alteração do procedimento especial para o rito comum ordinário⁵⁹.

Outro ato voluntário e capaz de alterar o procedimento é a convenção das partes sobre o ônus da prova.

⁵⁷ Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

⁵⁸ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

⁵⁹ Segundo entendimento pacífico do egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando o autor cumula pedidos "que possuem procedimentos judiciais diversos, implicitamente requer o emprego do procedimento ordinário" (STJ, REsp nº 464.439/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 23 ago. 2003).

O art. 333, § único, do Código de Processo Civil, prevê a nulidade da convenção que “recair sobre direito indisponível da parte” ou “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Pela leitura do artigo, depreende-se que nas demais hipóteses a convenção é eficaz.

Nesse sentido, recorra-se aos ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

Assim, diante de convenção que distribua o *onus probandi* de modo diferente do previsto no art. 333, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide.⁶⁰

Nesse caso, a convenção das partes altera não somente o procedimento, mas seus próprios direitos processuais.

Também merece menção a convenção das partes para suspensão do processo prevista no art. 265, II e § 3º, do Código de Processo Civil. O referido acordo é capaz de obstar o andamento do feito por até 6 meses, período em que a prática de qualquer atos fica suspensa.

Outro ato de disposição das partes capaz de influir no procedimento é previsto no art. 569⁶¹ do Código de Processo Civil, que possibilita ao exequente a desistência de algumas medidas executivas.

Não passa despercebido, ainda, o art. 501⁶² do Código de Processo Civil, que faculta ao recorrente a renúncia ao direito de recorrer. A prática desse ato unilateral, que independe de aceitação do recorrido, “produz a extinção do procedimento recursal e, inexistindo outro obstáculo, faz transitar em julgado a decisão recorrida”⁶³.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 40, 1983, 91 p.

⁶¹ Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

⁶² Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 40, 1983, 89 p.

3. Pressupostos e requisitos para a flexibilização do procedimento

Não obstante a manifestação dos três sistemas de flexibilização procedimental ao longo do ordenamento jurídico processual brasileiro, a aceitação do instituto-tema dessa monografia por grande parte dos processualistas se mostra um desafio.

Costuma se acreditar que a proteção da rigidez ritual conduz à conservação da segurança jurídica, pois apenas assim seria mantida a previsibilidade necessária aos atos processuais. Em outras palavras, defendem os contrários à flexibilização procedimental que a adoção do referido instituto conduziria à anulação da segurança jurídica, inclusive com a inobservância do devido processo legal.

Nesse sentido, tanto a doutrina⁶⁴, quanto a jurisprudência⁶⁵ já se manifestaram pela indisponibilidade do procedimento judicial, por acreditarem que o rito estático exerce função essencial ao conferir legitimidade às decisões judiciais.

Entretanto, a aplicação da flexibilização procedimental não exclui a manutenção da segurança jurídica ou do devido processo legal. Na verdade, é perfeitamente possível formalizar sua introdução no ordenamento jurídico processual pátrio sem que seja retirada a segurança necessária ao sistema.

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro : Forense, 2009, 9 p.

⁶⁵ Nesse sentido, confira-se ementa de célebre julgado proferido em sede de agravo de instrumento pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso: “PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – Substituição pelo rito ordinário – Inadmissibilidade – Inexistência de opção pela partes – Necessidade de sujeição a preceito de ordem processual. PROCEDIMENTO JUDICIAL – Interesse da Justiça e não das partes. Não é admissível a opção, a preferência por parte do autor pelo procedimento ordinário, em substituição ao sumaríssimo, diante do valor dado à causa, devendo as partes sujeitarem-se ao procedimento imposto pela lei processual. A forma do procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça.” (RT 479/185).

Para tanto, faz-se necessário estudar os pressupostos e os fundamentos que autorizam a flexibilização do procedimento, visto que – cumpre frisar – essa monografia não nega a natureza excepcional do instituto-tema.

3.1. Pressupostos

Entende-se por pressuposto a “*circunstância ou fato em que se considera um antecedente necessário de outro*”⁶⁶. Identificaremos, portanto, os “antecedentes necessários” à variação ritual, que serão divididos, para fins didáticos, em duas espécies: pressupostos gerais e pressupostos específicos.

São pressupostos gerais para a flexibilização do procedimento: (i) a insuficiência do procedimento regular previsto em lei; (ii) flexibilização do procedimento *stricto sensu*; (iii) caráter excepcional da medida.

Todos os sistemas de flexibilização procedimental – classificação estudada no capítulo *supra* – têm como condições pretéritas a ineficiência da regra padrão e a maleabilidade exclusiva das normas de procedimento⁶⁷.

O procedimento regular, previsto em lei, será ineficiente quando não atender à utilidade que se presta a tutela jurisdicional⁶⁸. Logo, impõe-se a

⁶⁶ Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa, verbete “pressuposto”, item 5.

⁶⁷ “São normas procedimentais, por isto, todas aquelas que preveem não o ato processual em si considerado, mas a forma como se combinam os atos processuais como um todo, lógica e cronologicamente; as normas que regulam o modo de desenvolvimento da relação jurídica processual, a sua dinâmica e movimento (*normas puramente procedimentais*). ... Mas além destas, também serão normas procedimentais as que dão forma aos institutos regulados nas normas processuais, que como tal não podem ficar sem alma, sem procedimento para sua realização prática (*normas acidentalmente procedimentais*).”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VII, ano 5, 2011. 55 p.

⁶⁸ “Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. 1ª Ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 56)

existência de previsão legal e que essa se mostre inútil para a efetiva tutela do direito material em questão.

Cumulativamente à insuficiência do procedimento, a variação ritual deverá, ainda, incidir tão somente sobre as regras de procedimentos, entendidas essas como “as normas que regulam o modo de desenvolvimento da relação jurídica processual”⁶⁹.

Uma vez reconhecidos esses dois pressupostos gerais, implicitamente restará identificado o último pressuposto, qual seja, o caráter excepcional da medida. A flexibilização do procedimento, portanto, terá sua adoção autorizada apenas em situações excepcionais.

Passando-se à análise dos pressupostos específicos, esses contam apenas nos modelos judicial e voluntário.

Quanto ao pressuposto específico para a flexibilização judicial do procedimento, se faz necessária a conservação dos direitos processuais adquiridos.

Ou seja, a flexibilização do rito *ope iudicis* não poderá representar nenhum prejuízo a direitos já adquiridos no curso da relação processual por uma das partes, de modo a se evitar eventual arbítrio do julgador. É vedado ao magistrado, por exemplo, após já apresentada a defesa, determinar que o prazo para tanto seria inferior ao observado, o que conduziria à intempestividade da referida manifestação.

Por fim, quanto à flexibilização voluntária do procedimento, é identificado como pressuposto específico a capacidade do sujeito ser parte na relação processual, o que não se confunde com a capacidade civil das partes.

A propósito, confira-se a lição do ilustre doutrinador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VII, ano 5, 2011, p. 55.

Para a celebração válida de convenção sobre matéria processual será necessária a capacidade civil ou bastaria a capacidade de ser parte? Ao nosso ver, em princípio deve optar-se pelo segundo termo da alternativa, salvo restrição que decorra de alguma regra jurídica especial. Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito, ou o adiantamento da audiência de instrução e julgamento.⁷⁰

A verificação desses pressupostos, como se vê, depende da avaliação de questões extrínsecas à lide.

3.2. Requisitos

Uma vez identificados os pressupostos acima elencados, é imperioso, ainda, a adstrição da flexibilização do procedimento a algumas exigências condicionantes à sua admissão. Tratam-se de elementos intrínsecos ao processo.

Mais uma vez, socorre-se à tese de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, que aponta os seguintes requisitos: (i) finalidade; (ii) contraditório útil; e (iii) motivação. São exigências concomitantes que possibilitarão a aplicação do instituto-tema.

Quanto à finalidade da flexibilização do procedimento, apenas três situações autorizarão esse requisito: (a) quando o instrumento disponibilizado pelo sistema for insuficiente para a efetiva tutela do direito material em litígio; (b) sempre que for possível dispensar alguns empecilhos formais irrelevantes à solução da lide; e (c) quando a condição da parte permitir⁷¹.

Cumulativamente, qualquer ato de gestão do magistrado deverá, necessariamente, observar o princípio do contraditório, sob o enfoque da utilidade. Isso porque é defeso às partes participarem ativamente da

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenção das partes sobre matéria processual*. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 40, 1983, 87 p.

⁷¹ Ao que parece, a terceira situação relativa à finalidade carece de técnica e poderia ser dispensada. No entanto, optou-se por reproduzir a íntegra da classificação desenvolvida na tese de Fernando da Fonseca Gajardoni.

discussão acerca da variação ritual. Tal participação, todavia, deverá ser útil, prévia e necessária à discussão da flexibilização do procedimento.

Nesse diapasão, confira-se a lição de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI quanto ao contraditório útil:

Evidentemente, a necessidade de contraditório para as inovações procedimentais é exigência que só se coaduna com o espírito dialético do processo se a participação da parte para a formação do novo rito for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a variação ritual lhe for ser benéfica, sua participação pode ser excepcionalmente e lícitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro, como já vimos, à faceta material do contraditório, mais precisamente na capacidade de influir na decisão.⁷²

O contraditório inútil, aquele que não possibilita nenhuma vantagem aos litigantes, deverá ser dispensado, de modo a privilegiar os valores da celeridade e eficiência da tutela jurisdicional.

Quanto ao último requisito – motivação –, remeta-se à lição de HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, segundo o qual o aumento dos poderes do juiz impõe o reforço da fundamentação:

É bem verdade que essa nova hermenêutica [neoconstitucional] aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas, falam em ditadura do juiz. Cria-se, portanto, a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni. É o que chamamos do ‘fundamento do fundamento’: as partes tem o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.⁷³

No mesmo sentido, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI assevera que a motivação é uma imposição política, pois atua como um mecanismo de controle dos excessos e aferição da imparcialidade do magistrado. Para o autor, a motivação é relevante, também, por assegurar a recorribilidade das decisões que alterem o *iter* processual. É ler e conferir:

⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008, p. 93.

⁷³ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Volume. VI, ano 5, 2011. p. 49.

Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais interferirem na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e a justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.

Sendo a decisão sobre a variação ritual considerada interlocutória (...), indispensável que haja justificação das razões da flexibilização procedimental, até para permitir que as partes, como já afirmado, possam controlar, através de recursos, os fins justificadores e a proporcionalidade da decisão.⁷⁴

Como se vê, a flexibilização do procedimento não é instrumento à disposição do arbítrio dos julgadores, mas, sim instituto de aplicação excepcional.

3.3. Considerações finais

A partir da observância dos pressupostos e requisitos elencados nos subitens acima, é possível afastar as críticas ao instituto tema desta monografia, principalmente no que tange às supostas violações à segurança jurídica e ao devido processo legal.

É cediço que a segurança jurídica se baseia, eminentemente, na previsibilidade necessária aos atos processuais. Ora, sendo imperiosa a observância dos requisitos da finalidade, contraditório e motivação, não é possível alegar que a aplicação da flexibilização do procedimento retira a previsibilidade do sistema. Isso porque a variação ritual sempre será precedida da ampla participação das partes, em pleno contraditório, o que é suficiente para assegurar a previsibilidade do procedimento. Como leciona FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, “*basta que [as alterações das regras de procedimento] sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*”⁷⁵.

Confira-se, a propósito, o ensinamento do autor:

Sendo a variação ritual implementada apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já

⁷⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 94/95 p.

⁷⁵ Op. cit., 85 p.

que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.⁷⁶

No que tange ao devido processo legal, mais uma vez a flexibilização se mostra plenamente compatível. A doutrina confere à referida cláusula duas vertentes: o devido processo legal formal e o substancial⁷⁷.

Em sua perspectiva substancial, o *due process of law* é compreendido como a “garantia de acesso à ordem jurídica justa”⁷⁸. De certo, uma prestação jurisdicional justa pressupõe a adequação do procedimento, de modo que se maximize a proteção ao bem jurídico em questão.

Como se vê, é perfeitamente possível formalizar a introdução da flexibilização do procedimento no ordenamento jurídico processual brasileiro sem que seja retirada a segurança e as demais garantias necessárias ao sistema.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ “A cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, nada mais que é um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes”. Por isso constitui um instrumento típico do Estado democrático de direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 21 out. 2012).

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 19ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, 35 p.

4. Adaptação do procedimento na experiência estrangeira

Tal qual antecipado no capítulo introdutório, o estudo do instituto-tema dessa monografia à luz do direito comparado adquire relevância na medida em que os sucessos e fracassos vivenciados em outros ordenamentos jurídicos são capazes de facilitar sua plena inserção na realidade brasileira.

Na verdade, a forte tendência nos sistemas jurídicos alienígenas em incorporar ferramentas e modelos de adequação do procedimento⁷⁹ não poderia passar despercebida por esse trabalho. Ressalte-se, entretanto, que não cabe à presente monografia se aprofundar nesses estudos.

Destacam-se como experiências positivas de adequação do procedimento o “*dever de gestão processual*” português e o “*active case management*” inglês. Nesses sistemas jurídicos, a mitigação do formalismo excessivo a partir do fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado trouxe significativas melhorias à prestação jurisdicional.

4.1. Portugal: o “dever de gestão processual” e o “princípio da adequação formal”

Em 2005, iniciou-se em Portugal o denominado “Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais”⁸⁰ (doravante PADT). Dentre outras medidas adotadas em razão do PADT, foi editado o Decreto-Lei nº 108/06⁸¹, que criou o “regime processual civil de natureza experimental”⁸².

⁸⁰ “Considerando o constante crescimento da pendência processual, que se cifrava em cerca de 100 mil processos por ano, o XVII Governo Constitucional aprovou, em 2005, o Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais (PADT) e, com ele, um conjunto de medidas que visaram, por um lado, prevenir ou eliminar certas causas que determinam o recurso em massa aos tribunais e, por outro, redefinir ou actualizar os mecanismos processuais existentes.” (Disponível em <<http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/padt/plano-de-accao-para-o2569/>>. Acesso em 02 out. 2012)

⁸¹ Disponível em <www.dgpi.mj.pt/DGPI/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf-cpc-2/dl-108-2006/downloadFile/file/DL_108_2006.pdf?nocache=1181552883.27>. Acesso em 02 out. 2012.

O aludido regime processual inicialmente era aplicado apenas às “acções declarativas entradas, a partir de 16 de Outubro de 2006, em tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça”⁸³. Após, no entanto, seu âmbito de incidência foi ampliado, abarcando diversas comarcas portuguesas.

Em carácter experimental, o Decreto- Lei nº 108/06 positivou, em seu art. 2º, o que sua epígrafe já anuncia: o “dever de gestão processual”.

Confira-se o teor do referido dispositivo:

Artigo 2º

Dever de gestão processual

O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente:

- a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir
- b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório;
- c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Basta a leitura da norma para saltar aos olhos a valorização do “dever de gestão processual” do magistrado, encarado sob a perspectiva de administrador do procedimento. Trata-se de previsão legal genérica que autoriza o magistrado a adoção de qualquer medida para ajustar o trâmite processual à finalidade do processo, não possuindo seu rol carácter taxativo⁸⁴.

Na verdade, mais do que autorizar, o aludido art. 2º traz verdadeira dever ao juiz, não se tratando de mera faculdade.

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

⁸² Disponível em <<http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/regime-processual-civil>>. Acesso em 02 out. 2012.

⁸³ Disponível em <<http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/regime-processual-civil>>. Acesso em 02 out. 2012.

⁸⁴ A norma enuncia um princípio geral- a direcção do processo pertence ao juiz – e depois elenca, sem carácter taxativo, três tipos de actuação em que essa direcção se traduz: adequação, eficiência e agilização. (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). In: Revista de Processo, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 233 p.)

Código de Processo Civil português: o princípio da adequação formal, que será aprofundado adiante, e o princípio da limitação dos atos⁸⁵.

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 actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Confira-se o que dispõe o aludido artigo:

Artigo 265.º-A

Princípio da adequação formal

Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

Da leitura da norma, mais uma vez, nota-se a mitigação do sistema da legalidade das formas⁸⁶ a partir do fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado⁸⁷.

Segundo a lição de LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, o art. 265º-A é cláusula geral, a qual o legislador não se limitou. Isso porque o

⁸⁵ A exposição de motivos do Decreto-Lei nº 108/06 diz o seguinte: “A natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação. Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras. Duas regras gerais, com origens diferentes, mas que apontam para esta agilização, existem já no Código de Processo Civil—o princípio da limitação dos actos e o princípio da adequação formal, previstos, respectivamente, nos artigos 137º e 265º-A.” (Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 108/06. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/regime-processual-civil>>. Acesso em 02 out. 2012)

⁸⁶ “O novo artigo 265º-A do CPC português trouxe uma mitigação ao princípio da legalidade das formas” (BODART, Bruno Vinícius da Rós [et al]; coordenador Luiz Fux. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 100)

⁸⁷ “Hoje, em Portugal, o juiz pode quase tudo e o contrário de tudo. Tem amplos poderes de impulso, de inspecção, de disciplina e até de instrução, só não podendo tomar a iniciativa de instaurar a acção, investigar livremente factos essenciais, tomar em consideração o seu conhecimento privado e condenar além ou em coisa diversa do pedido” (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). In: Revista de Processo, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 232/233 p.)

princípio da adequação formal é concretizado em outros dispositivos do Código de Processo Civil português⁸⁸.

O doutrinador português cita como exemplo o art. 31º, itens 2 e 3⁸⁹, que autorizam a coligação de iniciais, hipótese em que caberá ao magistrado adequar o procedimento caso a caso.

Sem dúvida, a edição do art. 265-A introduziu clara ruptura à sistemática processual até então vigente no país⁹⁰.

Contudo, a abstração da previsão legal, que não traz outros balizadores à sua aplicação que não a oitiva das partes, parece perigosa, dando margem até mesmo ao desvirtuamento do instituto.

Essa, inclusive, é a preocupação de ABÍLIO NETO, que destaca a excepcionalidade da medida, sob pena de se enfrentar uma “anarquia processual”. Veja-se a lição do advogado português:

“Pesem embora as «boas intenções» subjacentes à consagração do «princípio da adequação formal», este tem de ser objecto de uma assaz cautelosa aplicação casuística, apenas quando seja patente a necessidade de suprimento de lacuna do ordenamento jurídico ou a imperiosidade de evitar efeitos perversos, sob pena de se cair na anarquia processual e na intolerável insegurança na efectivação de direitos, relegando para segundo plano o direito positivo vigente.”⁹¹

88 “Para além da cláusula geral do art. 265º-A, o legislador concretizou o princípio nos seguintes artigos do Código, em que se permite que o juiz autorize a cumulação de objectos processuais, pese embora a incompatibilidade da forma em abstracto correspondente a esses objectos, sempre que tal incompatibilidade não seja manifesta e na cumulação haja interesse relevante ou quando a apreciação conjunta das pretensões seja indispensável para a justa composição do litígio.” (MENDONÇA, Luís Correia de. *Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português)*. In: *Revista de Processo*, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 226 p.)

89 ARTIGO 31.º - Obstáculos à coligação: 1. A coligação não é admissível quando aos pedidos correspondam formas de processo diferentes ou a acumulação possa ofender regras de competência internacional ou em razão da matéria ou da hierarquia; mas não impede a cumulação a diversidade da forma de processo que derive unicamente do valor, sem prejuízo do disposto nos números seguintes. 2. Quando aos pedidos correspondam formas de processo que, embora diversas, não sigam uma tramitação manifestamente incompatível, pode o juiz autorizar a cumulação, sempre que nela haja interesse relevante ou quando a apreciação conjunta das pretensões seja indispensável para a justa composição do litígio. 3. Incumbe ao juiz, na situação prevista no número anterior, adaptar o processado à cumulação autorizada.

90 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 125 p.

91 NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. 21ª Edição. Lisboa : Ediforum, 2009. 406/407 p.

Já LUÍS CORREIA DE MENDONÇA destaca os balizadores desse poder-dever atribuído ao magistrado, que “não significa, bem entendido, 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. 20.º, 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.”⁹²

Para o doutrinador português, contudo, a adequação da forma é, sim, uma necessidade real, como se vê do trecho abaixo:

São, na verdade, indiscutíveis as vantagens da adequação da forma processual às necessidades específicas de cada controvérsia.

Nos tempos que correm, não se pode imaginar que todos os processos tenham as mesmas dimensões e a mesma estrutura. Ao lado da litigância de massa, em que cada lide tem a mesma *facies* e igual peso e estrutura, encontramos acções que exigem uma tramitação que contemple a exigência de escrupulosas e exaustivas indagações, nas causas mais difíceis e complicadas, mas também outras que clamam por uma resolução de modo simples e urgente.

Continuar a insistir no sistema rígido, tradicional entre nós, é uma solução errada. Em alternativa, é a meu ver correcta a adopção de uma forma única de processo com uma estrutura que pode ser encurtada ou estendida, apertada ou alargada, de acordo com as exigências da lide.⁹³

Logo após, no entanto, LUÍS MENDONÇA tempera sua opinião, ao afirmar temer um “formalismo judiciário”⁹⁴.

Não obstante a ressalva, ao que parece, a experiência portuguesa foi bem sucedida, visto que: (i) o período de experimentação da reforma

⁹² (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). In: Revista de Processo, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 234 p.)

⁹³ (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). In: Revista de Processo, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 243 p.)

⁹⁴ Mas já não me parece adequado que se confunda formalismo com vontade da lei e que em nome do antiformalismo se substitua o formalismo do legislador pelo formalismo judiciário, que pode conduzir a um formalismo ainda maior. (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). In: Revista de Processo, São Paulo : RT, nº 170, 2009, 243 p.)

processual civil inicialmente fixado em 2 anos permanece até hoje em vigor⁹⁵; e (ii) a proposta de revisão do Código de Processo Civil importa o regime processual especial.

A proposta de revisão do Código de Processo Civil, que busca o aperfeiçoamento da disciplina processual e a consolidação das alterações sofridas nos anos anteriores, vai de encontro ao fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado, inclusive prevendo a irrecorribilidade das decisões referentes à adequação formal e gestão do processo⁹⁶.

Confira-se o texto atual da proposta portuguesa⁹⁷:

ARTIGO 6.º

Poder de direção do processo e princípio do inquisitório

1 - Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatório.

2 - O juiz providenciará oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

3 - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

ARTIGO 7.º

Princípio da adequação formal

1 - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa ou não for a mais eficiente, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

2 - Em qualquer estado da causa, quando entendam que a tramitação processual não se adequa às especificidades da causa ou não é a mais eficiente, as partes podem requerer a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

3 - Não é admissível recurso das decisões proferidas no âmbito do disposto nos números anteriores.

ARTIGO 8.º

⁹⁵ A fixação de 2 anos, prevista no art. 20, item 2, do Decreto-Lei nº 108/2006, foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 187/2008.

⁹⁶ Todavia, a irrecorribilidade das decisões se mostra equivocada, tendo em vista a possibilidade de graves danos serem gerados às partes.

⁹⁷ Proposta de revisão do Código de Processos Civil. Disponível em <<https://sites.google.com/site/ippcivil/politica-legislativa-2/revisao-do-cpc>>. Acesso em 12 out. 2012.

Princípio da gestão processual

1 – O juiz dirige ativamente o processo, determinando, após audição das partes, a adoção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável.

2 – Não é admissível recurso das decisões proferidas com base no disposto no número anterior.

Como se vê, Portugal – país que ocupa posição de vanguarda em matéria de flexibilização do procedimento⁹⁸ – caminha no sentido de fortalecer ainda mais os poderes do juiz de gestão do procedimento.

Todavia, não obstante os esforços legislativos ora mencionado, parte da doutrina alega que “na prática, não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma efetiva adesão dos operadores do direito”⁹⁹.

É o que se vê da lição de TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL:

Nesse passo, a iniciativa legislativa não surtiu o esperado efeito nos sujeitos processuais, o que comprometeu ou inviabilizou a adoção de uma postura diferente dentro o processo, a fim de possibilitar consequentes benefícios e resultados para a eficiência da justiça. em resumo, as inovações processuais não foram acompanhadas do que os portugueses chamam de *reforma de mentalidade*.¹⁰⁰

É essa a advertência que deve ser trazida à realidade brasileira, visto que a mera edição de normas não é capaz de inserir plenamente o instituto na praxe forense.

4.2. Inglaterra: o “case management powers”

⁹⁸ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de [et al]; coordenador Luiz Fux. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 202)

⁹⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 156 p.

¹⁰⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 157 p.

Nos países filiados ao sistema adversarial, a participação das partes na condução do processo, bem como na produção de provas é maximizada. Pelo modelo adotado, cabem às partes litigantes definirem a marcha processual, sendo intrínseca a “passividade do juiz diante da investigação da verdade e da disciplina do procedimento”¹⁰¹.

Segundo a lição de FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, nesse sistema são as partes que conduzem o procedimento, e não o contrário, como se vê do trecho abaixo transcrito:

Enquanto isso, nos sistemas adversariais ou isonômicos, esta realidade se altera substancialmente, pois o centro do poder não está na figura do juiz, e alei não representa a fonte primária do direito. O procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele conforme as partes conduzem o procedimento, e não o contrário.¹⁰²

Essa disponibilidade do procedimento conferida às partes, todavia, acabou se tornando uma patologia no sistema inglês, que foi dominado por uma lentidão excessiva decorrente da exagerada subordinação do rito ao manejo dos litigantes. Em busca de uma solução para esse incidente, criou-se, em 1995, as Civil Procedure Rules (doravante CPR), o código de processo civil inglês¹⁰³.

Logo em seu art. 1.4.2., as CPR já apresentam o “*case management*”, que implementa a postura ativa do magistrado inglês na condução do processo em 12 itens, a saber:

¹⁰¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 110 p.

¹⁰² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 111 p.

¹⁰³ “Assim é que, após pesquisa elaborada pelo magistrado Lord Woolf sobre a situação da Justiça civil inglesa, em que se constatou uma série de deficiências (custo-lentidão-complexidade), houve a elaboração, no ano de 1999, de um Código de Processo Civil denominado *Rules of Civil Procedure*, que substituiu a fragmentária disciplina existente. Trata-se de uma importante transformação legislativa, que procurou utilizar linguagem uniforme e simples.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização Procedimental*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 150 p.

Rule 1.4 – Court’s duty to manage cases

(...)

(2) Active case management includes –

- (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;
- (b) identifying the issues at an early stage;
- (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
- (d) deciding the order in which issues are to be resolved;
- (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;
- (f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
- (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
- (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
- (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
- (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
- (k) making use of technology; and
- (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

Não obstante a outorga dos poderes acima transcritos, as CPR trouxeram, também, outra inovação referente ao procedimento, estabelecida no art. 26.1.2, em que são elencados apenas três vias (“*tracks*”): (i) o “*small claim track*”; (ii) o “*fast track*”; e (iii) o “*multi-track*”. Essas são equivalentes, respectivamente, aos procedimentos sumaríssimo, sumário e ordinário¹⁰⁴.

Contudo, a adoção de um dos três “*tracks*” não é uma imposição legal. Não se requer a adstrição de todas as causas de pequeno monte ao *small claim track*, por exemplo. No processo inglês, ressalvadas algumas exceções, poderão as partes e o magistrado optarem pela via procedimental que melhor lhes convier, inclusive sendo admitida a alteração do procedimento inicialmente escolhido (o “*re-allocation track*”, previsto no art. 26.10 das CPR)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001. 57 p.

¹⁰⁵ “A eleição desses procedimentos, todavia, não ficou exclusivamente na esfera legislativa, ou estritamente atrelada ao valor da causa. Salvo nas situações expressamente vedadas pelas CPR, as partes e o juiz podem optar por quaisquer destes procedimentos, respeitados alguns mínimos limites legais que indicam os dados tidos como relevantes para a opção procedimental (*matters relevant to allocation to a track*), nos termos da regra de n. 26.8. Entre eles, destacam-se a complexidade dos fatos, do direito ou das evidências, o número de litigantes ou sua qualidade especial, os reflexos da decisão para pessoas que não serão partes, a quantidade de prova oral a ser produzida etc. Além disso, na constatação desses dados tidos por relevantes no curso do processo,

Além da possibilidade de opção de um “*track*” em abstrato, no processo inglês é admitida também a flexibilização do procedimento dessas vias a fim de adequá-lo à tutela do direito material em questão.

São identificadas como regras de variação do procedimento inseridas nas CPR, dentre outras, as seguintes: (i) 27.8.1¹⁰⁶, que autoriza a alteração do procedimento da audiência preliminar, quando se tratar de *small claims track*; (ii) 3.1¹⁰⁷, que versa sobre “*the court’s general powers of management*”, autoriza, dentre outros exemplos, a prorrogação ou abreviamento dos prazos processuais; (iii) 20.4.2, *b*¹⁰⁸, que autoriza o

nada impede que o procedimento seja modificado (*re-allocation track*), com a adoção de *iter* padrão diverso do inicial (r. 26.10), independentemente, repita-se, do valor da causa.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 114/115 p.

¹⁰⁶ 27.8 - Conduct of the hearing (1) The court may adopt any method of proceeding at a hearing that it considers to be fair. (...)

¹⁰⁷ 3.1 The court’s general powers of management (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party’s legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and serve an estimate of costs; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective. (3) When the court makes an order, it may – (a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and (b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition. (4) Where the court gives directions it will take into account whether or not a party has complied with the Practice Direction (Pre-Action Conduct) and any relevant pre-action protocol. (5) The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has, without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol. (6) When exercising its power under paragraph (5) the court must have regard to – (a) the amount in dispute; and (b) the costs which the parties have incurred or which they may incur. (6A) Where a party pays money into court following an order under paragraph (3) or (5), the money shall be security for any sum payable by that party to any other party in the proceedings. (7) A power of the court under these Rules to make an order includes a power to vary or revoke the order.

¹⁰⁸ 20.4 - Defendant’s counterclaim against the claimant (...) (2) A defendant may make a counterclaim against a claimant – (a) without the court’s permission if he files it with his defence; or (b) at any other time with the court’s permission.

oferecimento da reconvenção em qualquer outro momento processual permitido pela Corte; e (iv) 2.11¹⁰⁹, que autoriza o acordo das partes litigantes para estipulação de prazos, excetuando as previsões legais expressas em sentido contrário.

O fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado pelo novo regime processual inglês, a princípio, pode parecer temerário por viabilizar a instauração de uma “ditadura judicial”. Entretanto, não é isso que a experiência tem constatado, como se vê da lição de FERNANDO GAJARDONI:

Evidentemente, também por lá há preocupações com excessos que possam ser cometidos pelos julgadores na disciplina do procedimento, o que, sem dúvida, compromete o exercício das garantias processuais dos litigantes. Ainda mais quando todos estes poderes são exercitáveis de ofício (r 3.3.1) e independente da oitiva prévia das partes (r. 3.3.4).

A diferença é que na Inglaterra, sem alarde ou resistência, sabe-se que as arbitrariedades, inclusive sobre o procedimento, são controláveis pelo 2º grau, que reforma decisões judiciais sob o fundamento de que a condução desproporcional do caso ofende o princípio central do art. 1.1 da CPR: o direito a um processo justo. Há, todavia, informes de que os advogados de que os advogados ingleses, apesar de criticarem o excesso de poder dos juízes na condução do procedimento no novo regime, pouco recorrem das decisões proferidas como base no mau uso dele, talvez até porque a forma é absolutamente desimportante no direito inglês, cujo regime de sanatória dos vícios é amplíssimo (r. 3.10, 40.12.1 e 40.12.2). A reforma processual inglesa, de acordo com fontes do governo britânico, foi considerada exitosa logo após três anos de adoção da CPR.¹¹⁰

O baixo índice de recursos interpostos contra as decisões que alteram o procedimento releva, por si só, o êxito da reforma operada pelas CPR.

Em que pese as peculiaridades inerentes ao sistema adversarial, cuja tradição de maleabilidade do procedimento torna mais fácil sua aceitação, a

¹⁰⁹ 2.11 - Time limits may be varied by parties - Unless these Rules or a practice direction provide otherwise or the court orders otherwise, the time specified by a rule or by the court for a person to do any act may be varied by the written agreement of the parties. (Rules 3.8 (sanctions have effect unless defaulting party obtains relief), 28.4 (variation of case management timetable – fast track) and 29.5 (variation of case management timetable –multi-track), provide for time limits that cannot be varied by agreement between the parties).

¹¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo : Atlas, 2008. 117 p.

experiência inglesa revela que o endurecimento dos poderes de gestão do magistrado é capaz de adequar o procedimento à tutela do direito material sem que, necessariamente, se incorra num contexto arbitrário.

5. A Flexibilização do Procedimento e o Projeto do Novo Código de Processo Civil

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elencou desde a “Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”, dentre outros objetivos, o desejo em “criar condições para que o juiz possa proferir decisões de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”¹¹¹. Demonstrou-se, assim, a forte inclinação do direito processual civil brasileiro em se aproximar dos demais sistemas jurídicos que têm experimentado o fortalecimento dos poderes de gestão do magistrado.

Imbuído desse espírito, o Anteprojeto do Código de Processo Civil (Lei do Senado nº 166, de 2010) previa dois dispositivos que formalizariam a introdução da flexibilização procedimental no aparato normativo processual brasileiro.

Os mencionados artigos previam, originalmente, o seguinte:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

Art. 151.

§1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.¹¹²

¹¹¹“ Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 19 de jun. 2012.)

¹¹² Anteprojeto do Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 22 out. 2012.

Ambos dispositivos – previsões legais incondicionadas de flexibilização do procedimento – fortaleciam os poderes de gestão do magistrado de uma forma nunca antes vista na legislação brasileira, que muito lembra a reforma processual portuguesa.

Contudo, o sopro da pós-modernidade não resistiu às críticas e temores¹¹³, sendo alvo das primeiras alterações do Projeto. O art. 151, §1º, foi totalmente removido da versão atual, ao passo que o conteúdo do art. 107, V, sofreu uma substancial redução.

Atualmente, a redação do último artigo é a seguinte:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Ainda que restringindo o âmbito de atuação dos poderes de gestão do magistrado, o legislador não se preocupou em estabelecer qualquer parâmetro valorativo para a aplicação do artigo acima transcrito. Tal tarefa, ao que parece, incumbirá à doutrina e jurisprudência.

Todavia, a mitigação dos amplos poderes inicialmente conferidos ao magistrado não representa a (re)incrustação do sistema processual pátrio. Em que pese o abrandamento dos poderes de direção do juiz, houve, por outro lado, a introdução de novas regras pertinentes à flexibilização procedimental: o acordo de procedimento e o calendário processual.

¹¹³ Conforme esclarece o Parecer Geral do Relator Deputado Sergio Barradas: “A disciplina dos poderes do juiz, prevista no art. 118 do Projeto, foi alvo de muitas críticas, sobretudo em razão de ela supostamente aumentar excessivamente o papel do órgão jurisdicional na condução do processo. De fato, alguns ajustes precisavam ser feitos.”. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processocivil/arquivos/ParecerRelatorGeraautenticadoem18091222h47.pdf>> Acesso em 28 out. de 2012.

A nova previsão legal, acrescentada em sede de emenda da Câmara dos Deputados, dispõe o seguinte:

Art. 172. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, e observadas as normas processuais fundamentais previstas neste Código, é lícito às partes, desde que sejam plenamente capazes, convencionar, antes ou durante o procedimento, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

§ 1º. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

§ 2º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática do ato processual ou para a realização da audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

§4º. O juiz controlará, de ofício ou a requerimento, a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contratos de adesão ou em outros em que uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.¹¹⁴

Segundo o Parecer Geral do Relator Deputado Sérgio Barradas Carneiro, trata-se de uma das principais inovações trazidas para projeto, de inspiração nos modelos europeus. Confira-se trecho do relatório:

Uma das principais inovações que este relatório traz para o projeto é a consagração expressa do acordo de procedimento e do calendário processual, na linha do que vem fazendo códigos europeus –tudo em conformidade, obviamente, com a realidade brasileira.

O dispositivo proposto segue o modelo de direito processual estabelecido pelo projeto: o processo colaborativo, como indicam as normas fundamentais e as diversas regras de colaboração espalhadas ao longo do texto.

Trata-se de introduzir no sistema brasileiro uma modalidade de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam.

Sem dúvida, a introdução dos institutos do acordo do procedimento e do calendário processual, se realmente ocorrer, representará uma mudança radical na perspectiva publicística do processo, capaz de ensejar a reformulação de axiomas do estudo processual.

¹¹⁴ Parecer do Relator Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processocivil/arquivos/ParecerRelatorGerautenticadoem18091222h47.pdf>> Acesso em 28 out. de 2012.

Ao que parece, foram ouvidos os clamores de muitos operadores do direito¹¹⁵ pela reformulação da legislação, com o prestígio aos princípios da liberdade e da cooperação.

Entretanto, o incipiente regramento das novas disciplinas torna imprevisíveis as expectativas de sua plena inserção na realidade brasileira, sendo difícil por ora delimitar as possíveis consequências e mudanças decorrentes dessas inovações.

Nesse sentido, mais uma vez a atuação da doutrina e da jurisprudência será de grande relevância, pois apenas o amadurecimento científico e o cotidiano forense serão capazes de modelar os novos institutos à cultura jurídica nacional.

É necessário, todavia, que as inovações legislativas sejam acompanhadas da reforma de mentalidade¹¹⁶, sob pena dos institutos se restringirem à letra da lei.

¹¹⁵ “O que se impõe é rever a legislação como um todo, enfraquecer, quiçá abolir, o meticuloso modelo burocrático-formalista e instituir o menos número possível de procedimentos típicos, aos quais os litígios sejam submetidos, precipuamente conforme as necessidades peculiares de cada um, respeitados, é óbvio, os casos de infungibilidade do rito, de modo a tentar eliminar a pletora de regras e regrinhas meramente formais, cuja interpretação gera problemas e mais problemas a ocupar a atenção dos juízes e tribunais com tamanha intensidade que, muitas vezes, ficam eles absorvidos por essas questões a ponto de perder a perspectiva do julgamento do mérito da causa, que constitui, este sim e obviamente, o verdadeiro objetivo da existência do Direito Processual.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001. p. 58)

¹¹⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VI, ano5. 2011. 157 p.

Conclusão

A presente monografia pretendeu expor, didaticamente, a flexibilização do procedimento para, a partir de então, avaliar as inovações legislativas que, a princípio, serão introduzidas no Novo Código de Processo Civil.

Como se viu, o escopo da atividade jurisdicional não se coaduna com uma perspectiva finalística do processo, que é instrumento de concretização dos valores constitucionais. Aceitar o enrijecimento desarrazoado do procedimento, nesse sentido, configura um desvirtuamento do processo.

Como solução a esse problema, foi apresentada a flexibilização procedimental, que sugere a adequação do procedimento quando esse se mostrar insuficiente para a tutela do bem jurídico em litígio.

Adotou-se, então, a classificação desenvolvida por Fernando da Fonseca Gajardoni, que indica os seguintes sistemas de flexibilização: legal, judicial e voluntária. Dos três, a flexibilização do procedimento por previsão legal se mostrou a mais adequada à realidade jurídica brasileira, posto que se alinha ao sistema da legalidade das formas de procedimento.

Demonstrou-se, em seguida, exemplos práticos dos três modelos de flexibilização, que comprovam a presença velada do novel instituto no cotidiano forense brasileira, bem como demonstram sua compatibilidade com o sistema pátrio.

Foram determinados, ainda, os pressupostos e requisitos necessários para autorizar a variação do procedimento. Como exhaustivamente frisado, para que o procedimento regular seja alterado é impositiva a estrita observância de todas as circunstâncias elencadas. Fora dessas, o procedimento segue o regime legal padrão.

A partir da definição dos pressupostos e requisitos, se demonstrou que o instituto-tema desta monografia não viola a segurança jurídica ou o devido processo legal. Isso porque a flexibilização do procedimento será sempre medida excepcional e precedida da ampla participação das partes, o

que é capaz de conservar a previsibilidade do sistema e, ainda, concretizar a dimensão substantiva da cláusula do *due process of law* – o efetivo acesso à justiça.

Feitas essas considerações, foram expostas as inovações trazidas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, que se alinham aos modelos legal e voluntário de flexibilização procedimental. O art. 118 dispõe sobre os poderes de gestão do juiz, permitindo em seu inciso VI a adequação dos prazos processuais e da ordem da produção de provas. Já o art. 172 introduz o acordo de procedimento e o calendário processual, institutos inspirados em sistemas europeus.

Ambas inovações legislativas, pouco regulamentadas pelas regras que as instituem, demandarão os melhores esforços de doutrina e jurisprudência, a fim de serem definidas seus reais contornos.

Não se deve permitir, entretanto, que a perplexidade inicialmente provocada pelos arrojados dispositivos seja óbice à plena inserção da flexibilização do procedimento na realidade brasileira.

Referência bibliográfica

TROLLER, Alois. *L'influence de La Constitution Fédérale de La Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux em matière de procédure civile..* In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denos. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Milano, Giuffrè, 1973.

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

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Procedimento: formalismo e burocracia*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. Malheiros : São Paulo, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Malheiros : São Paulo, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo : garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. 1ª ed. São Paulo : Atlas, 2006.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. VI, ano 5, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas : Bookseller, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª Ed., São Paulo : Atlas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. vol. I, Roma : Società Ed. Foro Italiano.

DAVID, Renée. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9ª Ed. Paris : Dalloz, 1988.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo : Saraiva, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. I. Podivm : Salvador, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª Ed, Malheiros : São Paulo, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol.. III, São Paulo : Malheiros, 2001.

Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 19 de jun. 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns

problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Volume VII, ano 5, 2011.

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

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I, 9ª Edição, Millennium : Campinas, 2003.

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.

NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 44ª edição atualizada e reformada. São Paulo : Saraiva. 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Volume. VI, ano 5, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina do. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2007.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de [et al]; coordenador Luiz Fux. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro : Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento*. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenção das partes sobre matéria processual*. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 40, 1983.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. 21ª Edição. Lisboa : Ediforum, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 3ª Ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 38ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2007, 461 p.

WATANABE, Kazuo. In CURY, Munir et all. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1996. 455 p.