

© 2008 by EDITORA ATLAS S.A.

Capa: Leandro Guerra

Composição: Priscilla Pereira



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gajardoni, Fernando da Fonseca

Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC / Fernando da Fonseca Gajardoni. – São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona)

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5035-0

1. Flexibilidade (Processo civil) 2. Procedimento especial 3. Processo civil – Brasil I. Carmona, Carlos Alberto. II. Título. III. Série.

08-00174

CDU-347.919(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Flexibilização procedimental:
Processo Civil 347.919(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0__11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

“Muito se tem escrito pelos sábios sobre os inconvenientes públicos, e do Estado, que resultam os processos ordinários e suas delongas” [...] Os senhores Reis deste Reino têm reconhecido a mesma necessidade da causa pública; e por muitos decretos têm mandado consultar o Desembargo do paço sobre as providências mais oportunas, a fim de se abreviarem as demandas sem prejuízo da Administração da Justiça, e se principiou a trabalhar neste importante negócio. Porém também estes reais projetos tão sábios, como providentes, não chegaram a ultimar-se, e encher as paternas intenções dos Soberanos; ficando-se nesta falta observando a antiga Ordenação.”

Manoel de Almeida e Souza de Lobão. *Tractado Prático Compendiário de todas as acções summarias, sua índole, e natureza em geral, e em especial, Das Summarias, Sumaríssimas, Preparatórias, Provisionaes, Incidentes, Preceitos Comminatorios, etc.* Lisboa: Imprensa Nacional, 1847, do prefácio.

ta, haverá, ora ou outra, excepcionalmente, possibilidade de flexibilização procedural, mesmo antes da oitiva das partes.⁹⁶

Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais absolutamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, indispensável a realização de contraditório preventivo,⁹⁷ desde que útil aos fins colimados pela variação ritual.

3.6.3 Motivação

Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial.

Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema.⁹⁸ É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.

⁹⁶ É o que ocorrerá, conforme veremos no item 5.4.4, quando o magistrado, para possibilitar conciliação antes da apresentação da resposta pelo réu, manda citá-lo para comparecimento à audiência de conciliação, da qual iniciará o lapso, caso infrutífero o acordo, para oferecimento de contestação. Observe-se que a variação ritual ordenada será feita sem oitiva das partes, já que para seu prazo para providência não lhe causa prejuízo algum, e para o réu menos ainda, já que verá ampliada tal possível de ser dispensado.

⁹⁷ De acordo com Antonio Carrata, a expressão *contraditório preventivo* deve ser entendida como o princípio geral que obriga o juiz a sobrepor a preventiva discussão entre as partes o exercício de poderes de ofício" (Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio, cit., p. 100-101). Freddie Didier, com precisão, indica que agir de ofício é poder agir sem oitiva previamente (DIDIER JÚNIOR, Freddie. *Direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2004, v. 1, p. 26 ss).

⁹⁸ Na Teoria Geral do Direito vê-se a fundamentação como fator de legitimação do sistema judicial, da própria atuação do magistrado como agente do poder político, ou como método de domes-ticação do poder (cf. CAVANI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões p. 115-133, ago. 2004). A advogada Maria Cristina da Silva Carmingani, após louvar a possibilidade de flexibilização judicial do sistema judicial, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, há de de flexibilização judicial do direito através da adaptação das decisões aos casos concretos, citando dos princípios que regem o sistema, o que atesta o risco de arbitrariedades (CAVANI, Maria Cristina da Silva. O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça. *Revista da ASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 262-263, jul./dez. 2005).

Sendo a decisão sobre a variação ritual considerada interlocutória – e não ato meramente ordinatório, como boa parte dos praticados pela secretaria por força de disposições procedimentais legais (art. 162, § 4º, do CPC) –, 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 (item 3.6.1) e a proporcionalidade da decisão.

3.7 Procedimento como legitimador da atividade judicial

Investigações de cunho sociopolítico levaram boa parte da doutrina a afirmar que o procedimento é o fator de legitimação da atividade estatal (executiva, legislativa e judicial).

De modo especial no tocante à atividade judicial, aduzem que como os juizes não decidem sobre negócios jurídicos seus, mas de terceiros, valendo-se do poder estatal que lhes foi conferido pela lei, e não da autonomia da vontade, é exigível que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas por todos.⁹⁹ Daí por que a decisão proferida no processo só seria legítima se proferida após regular procedimento.

Tais investigações, ao menos em tese, teriam mais cabimento, ainda, em países como o nosso, onde os magistrados não são eleitos pelo povo, mas sim selecionados através de concursos públicos de provas e títulos (art. 93, I, da CF) ou de nomeações políticas (como ocorre com os ministros dos Tribunais Superiores). Não tendo os julgadores recebido do próprio titular do poder – o povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – a sua capacidade decisória (a Jurisdicção), somente um procedimento formal, onde as partes pudessem participar, evitaria o arbítrio e produziria, ao final, um resultado, se não desejável, ao menos suportável pelos litigantes.

A problemática da legitimidade se situa no interregno da moral, do direito, da religião e da política. Desde os mais remotos tempos, têm se procurado por critérios de justificação e validade para as relações de poder e de conformação das condutas sociais,¹⁰⁰ regras estas cuja origem é assentada na necessidade de

⁹⁹ GINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 286-290.

¹⁰⁰ De fato, as primeiras construções legitimadoras do poder são fruto da crença na magia e nas forças naturais, como ocorria nas civilizações antigas, em que o faraó era a corporificação do astro-rei. Em Roma, a autoridade espiritual e o poder temporal caminhavam juntos e decorriam das tradições e dos costumes antigos. Já na Idade Média, construções como as do poder divino dos reis deram sustentáculo por séculos às decisões da monarquia absolutista. E mesmo na concepção contratualista de Hobbes, que abandona como premissa o direito divino, se vê a legitimação do poder como decorrência do pacto entre os homens em favor de um soberano, com vistas à superação da barbárie do direito natural, o que, conforme posteriormente afirmaria Rousseau, condicionaria a legitimidade decisória dos soberanos.

aceitação e pacificação dos ânimos relativamente à implantação de determinada ordem política-jurídica.¹⁰¹

Na era moderna foi Max Weber (1864-1918) quem deu início à análise sociológica da questão da legitimação. Relacionando a legitimidade com a fórmula da obediência, construiu uma teoria em que a autoridade se assentava na tradição, no carisma ou em critérios racionais-legais.¹⁰² Aplicada sua teoria à realidade brasileira, veríamos que a autoridade dos poderes estatais se fundaria na racionalidade-legalidade, especialmente na Constituição Federal, diploma legitimante das instituições públicas nacionais.

Todavia, tomando à questão do procedimento como legitimador da atividade estatal, nenhum outro autor se destacou mais do que Niklas Luhmann (1927-1998), que com sua teoria sistêmico-funcional do direito via a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância, o que só ocorria através do curso de um procedimento decisório com participação das partes.¹⁰³

De acordo com Luhmann, o procedimento legitimaria as decisões estatais na medida em que reduziria ou neutralizaria as expectativas de ilusões e decepções das partes, que teriam no seu curso um filtro constante.

Embora sua obra abarque outras esferas decisórias de poder (político, administrativo, legislativo), no âmbito judicial Luhmann coloca que o desenvolver do procedimento faz com que o conflito seja posto de lado enquanto todos os atores processuais buscam uma decisão. Com o correr do procedimento, a discrepância entre os contendores, que no início do processo era maior, vai se arrefecendo, até que a decisão final, se não aceitável, torne ao menos as decepções difusas.¹⁰⁴

Na sua concepção, o conteúdo da decisão é de pouca valia, já que "em sociedades complexas que concluíram o processo de positividade do direito, a legitimidade é o efeito não da referência a valores, mas da aplicação de certos procedimentos instituídos para produzir decisões" onde os próprios sujeitos participam dos limites das regras estabelecidas, e onde a legitimidade decorre do próprio sistema.¹⁰⁵

Muito embora os processos se iniciem e se encerrem com decisões normativas e de conteúdo variável, a legitimidade do processo residiria na fórmula procedural, isto é, na série de atos processuais concatenados, cujas regras formais

bastariam como premissas legitimadoras da decisão, e não no conteúdo da decisão em si considerado.¹⁰⁶

Para Luhmann, os procedimentos não teriam outra função, a não ser a de desviar e amortizar as frustrações, estagnando as expectativas através de protocolos, atos, promessas, discussões, retóricas e decisões praticadas ao longo do iter, de modo que os protestos dos litigantes são fracionadamente absorvidos e, ao final, as decepções são controladas.¹⁰⁷

3.8 Compatibilização da função legitimante do procedimento com sua flexibilização

A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do iter. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez.

Por isto, mesmo com um procedimento maleável conforme as circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedural teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.

Aliás, admitida a participação das partes na construção do próprio rito, o potencial legitimante do procedimento seria catalisado, pois a conformação das partes se daria não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final. De certo o afastamento das iniquidades da rigidez procedural contribuiriam para melhor aceitação do produto concebido após regular procedimento.

¹⁰⁶ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade, cit., p. 105.

¹⁰⁷ Para facilitar a compreensão da inutilidade do conteúdo da decisão na ótica de Luhmann, vale o recurso às indagações de Artur Stamford: "É, portanto, insuficiente para solver os litígios, recorrer-se apenas aos textos legislativos, às jurisprudências e às doutrinas. Será o direito um arsenal de preceitos dos quais os magistrados buscam argumentos legitimadores de suas decisões, convencendo-se assim as partes litigantes a acatarem a decisão final? Tem o direito alguma relação com a justiça ou é uma técnica de domínio social? Responder a estas perguntas reporta-nos à dificuldade em atribuir um conteúdo ao que se possa ter por justiça, quando se buscam critérios objetivos de justiça, e ao que se entende por legitimação. Como julgar os casos concretos convictos de estar aplicando a justiça, o direito mais justo e assim fazer as partes litigantes acatarem a decisão? (STAMFORDS, Artur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmann, cit., p. 47).

¹⁰¹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade - a problemática da legitimidade jurídica política em sociedades complexas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 150, p. 99, abr./jun. 2001.

¹⁰² WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. da UnB, 1998, p. 139.

¹⁰³ Tércio Sampaio Ferraz, na introdução da tradução brasileira de Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, cit., p. 3-4.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, cit., p. 51-113.

¹⁰⁵ Esta referência à teoria de Luhmann é de Norberto Bobbio, *Estrado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 93.

3.9 Legitimação da decisão pelo contraditório útil e não pelo mero procedimento

O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através dele as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil.

Com efeito, como bem coloca Dinamarco, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos – ou a irreparável fundamentação do seu produto final (a sentença), eu acrescento –, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários, razão pela qual é melhor falar em legitimação pelo contraditório, e não pelo simples procedimento vazio.¹⁰⁸

A capacidade do procedimento em amortizar as frustrações e as derrotas é diretamente proporcional ao nível de participação das partes na formação do resultado, e porque não do próprio procedimento. Conforme já afirmamos, ao se permitir aos litigantes influenciar também sobre o fluxo procedimental, o poder de conformação com a decisão é maximizado, ainda que sua fundamentação seja falha.

O procedimento só por si é fórmula vazia. É o contraditório útil que lhe preenche o conteúdo e lhe dá poder para legitimar a decisão.

Por isso, a flexibilização procedimental, com alteração do rito padrão estabelecido por lei ou com a construção de um novo modelo ritual, não afeta o poder legitimante da decisão, desde que no processo tenha sido assegurada aos litigantes efetiva participação em contraditório.¹⁰⁹

A exigência de contraditório, todavia, só se coaduna com o espírito dialético do processo se a participação da parte para a formação da decisão for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a decisão lhe for ser benéfica, conforme já advertimos anteriormente, sua participação pode ser excepcionalmente e licitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro à faceta material do contraditório (capacidade de influir na decisão).

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação, p. 125. No mesmo sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem o exercício da jurisdição é plenamente legitimado “mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Por um novo paradigma processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 96, v. 350, p. 404, abr./jun. 2000).

¹⁰⁹ Cf. Dinamarco, para quem “se algum procedimento excluisse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 131).

Dá por que não se vê inconstitucionalidade alguma no novo art. 285-A do Código de Processo Civil brasileiro – com redação pela Lei n. 11.277/2006 –, que permite ao juiz “quando a matéria controversa for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”, dispensar a citação do réu e repetir a prolação da sentença anterior através de mera reprodução de seus fundamentos.¹¹⁰

Note-se que a participação do réu neste procedimento abreviado, que outrora denominamos julgamento *antecipadíssimo* da lide,¹¹¹ ao menos na primeira fase é inexistente, pois ele não sofre lesão alguma pelo fato de não ter podido convenecer o juiz – quando ele próprio já está convencido pela prévia apreciação de casos similares – de que a razão está consigo.

Por isso, plenamente legítima a decisão proferida neste procedimento. Sendo o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – o vencedor da ação, não se vê utilidade alguma no contraditório, já que a decisão lhe é benéfica e o contraditório não é capaz de lhe trazer vantagem alguma.

Em resumo, o procedimento ou a fundamentação da decisão, por si só, são desimportantes. Ao menos no campo sociopolítico, seja a decisão, seja o procedimento flexibilizado, só são legítimos se acompanhados da efetiva participação das partes no processo de sua elaboração.¹¹²

¹¹⁰ A Ordem dos Advogados do Brasil, dias após a publicação da Lei n. 11.277, de 8.2.2006, agiu por perante o Supremo Tribunal Federal uma ADIN contra o art. 285-A, do CPC (ADIN n. 3.695/DF, Rel. Min. Cezar Peluso), onde são apontadas cinco inconstitucionalidades no dispositivo. A referida ADIN aguarda julgamento, mas além da intervenção do Instituto Brasileiro de Direito Processual em favor da constitucionalidade da norma (em trabalho da lavra de Cássio Scapinella Bueno), já há parecer do Procurador Geral da República pela improcedência do pedido, de modo que o pronóstico que se faz de seu resultado é o de improcedência, com o consequente reconhecimento da constitucionalidade da Lei n. 11.277/2006.

¹¹¹ Cf. GABARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento *antecipadíssimo* da lide. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 131, n. 141, p. 150-179, nov. 2006.

¹¹² No campo prático, entretanto, participação em contraditório, mesmo que de forma intensa, não representa maior poder de conformação com a decisão. Legitimidade e aceitação, ao menos no Brasil, são realidades que andam em direções opostas, já que o impeto recursal de nossos operadores jurídicos reclama inúmeras decisões para a mesma causa. Poder de conformação mesmo só se tem por aqui com a coisa julgada, ainda que o procedimento tenha se dado em pleno contraditório e a sentença seja de exata fundamentação. Mesmo assim, hoje já se sustenta a possibilidade de re-lativizar a coisa julgada, criando, por isto, a situação prática de se deslegitimar a decisão até então soberana. A este respeito cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: *Uma nova era do processo civil*, cit., p. 220-266; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-203; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade: coisa julgada e justa indenização. No prelo. Artigo cedido pela autora para o curso de pós-graduação do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e UNISUL.

3.10 Devido processo constitucional e flexibilização procedimental

Não há incompatibilidade entre a flexibilização procedimental com o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), que, como aponta prestigiosa doutrina, é base sobre a qual todos os demais princípios constitucionais se sustentam (contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade, licitude da prova, dever de motivação das decisões judiciais etc.).¹¹³

Por devido processo constitucional¹¹⁴ (expressão bem melhor que *devido processo legal*, fruto de uma tradução *ipsis literis* de *due process of law*) entende-se o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e do outro garantem o correto exercício do poder. É princípio que se aplica a qualquer procedimento que tenha por objeto o trinômio vida-liberdade-patrimônio, de modo que há devido processo legal judicial, legislativo, administrativo e, por que não, no âmbito privado.¹¹⁵

Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consertâneo com a relação de direito material controversada.¹¹⁶

Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.

¹¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27.

¹¹⁴ De todos aqueles que se dedicam ao estudo do processo civil à luz da Constituição Federal, merece destaque especial Cássio Scarpinella Bueno, que em recente trabalho propõe o estudo desta disciplina com a consciência “de que a interpretação do direito é valorativa e que o processo, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: no e pelo processo” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 71).

¹¹⁵ Cf. SARRMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284. O Supremo Tribunal Federal já asseverou que na hipótese de exclusão de associado do corrente de conduta contrária aos estatutos – típica relação privada – “impõe-se a observação do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa” (RE nº 158215-4/RS, 2ª turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 7.6.1997). E o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da mesma forma, já entendeu que “de acordo com a Constituição Federal e Estatuto Social, a expulsão do quadro social depende da instalação do devido processo legal, no qual está seguro amplo direito de defesa. Se tal não foi observado, anula-se a penalidade” (Apelação nº 2000.001.12810, Relator Desembargador Bernardino M. Leituga, 16ª Câmara Cível, j. em 07/11/2000).

¹¹⁶ CINTRÁ, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 84.

De fato, o devido processo constitucional é princípio de duplo sentido: material (*substantive due process*) e formal (*procedural due process*).

Por devido processo constitucional entende-se a necessidade de elaboração e aplicação regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituções constitucionais.¹¹⁷ Por força disto o julgador, observando que o procedimento construído abstratamente pelo legislador é inadequado à tutela efetiva do direito material ou da parte, deve se valer da razoabilidade e, voltando-se para justiça do caso em concreto, há de providenciar a variação ritual para adequação do procedimento às especificidades da causa. Afinal, a razoabilidade (ou proporcionalidade) – decorrência clara, necessária e lógica do devido processo legal material – é método de interpretação do direito (e não princípio como dizem alguns) que torna “possível a justiça do caso concreto, flexibilizando-se a rigidez das disposições normativas abstratas”.¹¹⁸ E se as disposições normativas que impedem a justiça do caso em concreto são procedimentais, nada impede que se adaptem em favor da garantia constitucional de um processo justo.

Já o devido processo constitucional em sentido formal nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, conforme as regras previamente estabelecidas.¹¹⁹ Não há, todavia, necessidade de que estas regras abstratamente consideradas sejam fixadas pela via legislativa, tampouco que sejam modeladas genericamente, sem possibilidade de adequação judicial, demanda a demanda. Assim, desde que a flexibilização do procedimento não tolha dos litigantes o acesso à justiça, o direito de ação e de defesa na amplitude prevista na Constituição Federal e nas normas processuais, é plenamente possível a ocorrência de variações rituais, boa parte delas, aliás, tendentes exatamente a potencializar a eficácia das garantias constitucionais citadas (ampliação de prazos abstratamente considerados por circunstâncias ligadas à dificuldade da defesa, afastamento da rigidez no concernente à preclusão a bem da verdade real etc.); desde que mantida a previsibilidade das variações rituais, algo que é assegurado com o contraditório útil, plenamente possível a flexibilização com respeito a esta faceta do devido processo constitucional.

Aponta-se que, sendo o procedimento o penhor da legalidade no exercício do poder, é garantia da parte que ele siga o modelo preestabelecido em lei, sendo os desvios e omissões procedimentais encarados como violação do devido proces-

¹¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15; e CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 13.

¹¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil*, cit., p. 14.

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 27.

so legal. Ressalva-se, entretanto, que o *due process of law* não se resume a mera garantia de legalidade, importando mesmo é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo, de modo que “a liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados”.¹²⁰

Ademais, a regulamentação particularizada das modalidades de instauração e desenvolvimento do processo não se atém necessariamente à garantia do devido processo legal. Esta garantia não pode ser dita violada por haver um processo com reduzida rigidez formal que consente ao juiz adaptar as modalidades de procedimento às diversas exigências do direito que caso a caso se apresentem.¹²¹

Engana-se, portanto, quem vincula o respeito ao devido processo legal à obediência de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas em lei. Além disto não constar de nenhum dispositivo constitucional, o art. 5º, LV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade.¹²²

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 127-128. Prosegue o ilustre professor das Arcadas apontando que “não é emjeitando as exigências formais, num feitiçismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obedecido e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. No processo civil brasileiro temos a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só a promessa: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera”.

¹²¹ TROCKER, Nicolò. Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 2, p. 392, giug. 2001.

¹²² Vale a referência à boa nota de Paulo Eduardo Alves da Silva, “as garantias constitucionais do processo compõem o quadro mínimo para qualquer processo judicial, o limite para a flexibilização da forma dos atos processuais e dos tipos procedimentais. Se o procedimento é flexibilizado ou a ordem dos atos invertida, mas as garantias constitucionais do processo são observadas, nenhum prejuízo houve para as partes e para a justiça da decisão. Além do mais, ater-se às garantias constitucionais do processo na composição do devido processo possibilita sustentar a adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto, minimizando o tempo e os custos da resolução judicial do conflito – exigência permanente na atualidade” (*Condução planejada dos processos judiciais: a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo*, cit., p. 133). Cf., também, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, cit., p. 59-63.

3.11 Flexibilização procedimental e instrumentalidade das formas

O art. 154 do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que os atos e termos processuais (documentação do ato) não dependem de forma, salvo quando a própria lei o exigir. Interpreta-se de maneira ampla tal disposição a fim de contemplar, também sob a sua égide, o conjunto dos atos processuais, isto é, o procedimento processual. Esta sempre foi a voz corrente no estudo do tema, de modo que, havendo previsão legal de forma individual (só para dado ato) ou global (para ordem dos atos no procedimento), não é dado às partes ou ao juiz contrariar a disposição cogente.

A análise da forma do ato processual em si considerado é mais simples, pois basta a aferição da adequação do ato praticado ao modelo legal. Sendo o ato praticado na exata forma e de acordo com o modelo legal, é válido. Estando, porém, em dissonância com esse mesmo modelo, o ato é inválido.

Já no tocante à análise da forma no bojo do procedimento, há de ser feita importante distinção. Se houver relação de dependência entre os atos do procedimento, pode haver a contaminação de um ato perfeito por outro anterior praticado de maneira viciosa, algo a comprometer a regularidade de todos os demais atos posteriores do procedimento e dele mesmo. Não havendo, por outro lado, esta relação – como nos casos em que cada ato do procedimento se esgota em si mesmo e em sua finalidade específica, sem relação de dependência com os demais atos –, a violação da regra formal não tem consequências para o conjunto.¹²³

A consequência da violação da forma, todavia, sofre temperamento pela própria disposição legal já citada (art. 154 do CPC), bem como pelos arts. 244 e 250, parágrafo único, do Código de Processo Civil (estes últimos mais relacionados com a análise do procedimento como um todo). Ainda que haja violação formal, o ato se considerará válido desde que atinja sua finalidade, mesmo que o sistema sancione o descumprimento da regra de forma com a pena de nulidade.

Estas regras enunciam o denominado princípio da instrumentalidade das formas, e embora esteja fundamentalmente referido aos atos processuais considerados individualmente, também é plenamente aplicável à sequência que determina causa deve seguir, ou seja, o respectivo procedimento.¹²⁴

Assim, vê-se que a forma exigida pelo legislador constitui mero meio, sendo o mais importante os fins de cada ato e o escopo final do processo. Afinal, se

¹²³ REITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 141. Cf., também, TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 2, p. 239; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 143.

¹²⁴ BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*, cit., p. 35.

o vício não impediu nem comprometeu o exercício dos poderes e deveres, ônus e faculdades dos sujeitos processuais, o procedimento é completamente válido, ainda que em ofensa à regra de forma. Em tema de nulidades processuais, esta é a regra central a presidir toda a atividade do julgador.¹²⁵

O que me parece importante salientar da leitura que é feita destas regras – especialmente no tocante ao procedimento – é que o nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela.

E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modele à tutela, e não o contrário.¹²⁶

Eis aqui o fundamento da flexibilização das regras de forma, ainda que previstas genericamente e rigidamente pelo sistema.

De fato, os procedimentos abstratamente previstos pelo legislador são um modelo formal cujo principal escopo é debelar a crise de direito material. Se a variação ritual se impõe para solução mais rápida e adequada do litígio, então não há espaço, apesar do vício de forma, para se falar em nulidade, já que o escopo do procedimento foi plenamente atingido.

Obviamente – e conforme já reiteradas vezes apontamos –, a variação deve respeitar as garantias constitucionais e processuais dos litigantes, exatamente para que não se possa, diante do prejuízo comprovado (que é conceito casuístico e, como tal, não pode ser predefinido), ter-se por viciada a variação procedi-

¹²⁵ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 133. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, cit., p. 419. A partir do fundamento da forma como meio, o autor constrói, com a sua particular sensibilidade para a interação do processo com o direito material, toda uma teoria para o trato dos vícios processuais. De acordo com ele, em fases já adiantadas do procedimento, encontrados problemas relacionados à técnica, não há de se obter o prosseguimento do processo, como seria feito caso o vício tivesse sido detectado inicialmente. Já dependendo do tempo, energia e dinheiro de todos os sujeitos do processo, a preocupação maior do juiz deve ser com a eliminação do defeito a fim de que o instrumento possa ser reaproveitado, competindo-lhe extrair do processo o maior rendimento possível, aproveitando tudo o que foi feito e desconsiderando nulidades processuais em prol da economia e por força da natureza instrumental do processo. Então, a análise dos vícios processuais de forma e de técnica sempre será feita em um juízo prospectivo (para o futuro), imaginando que em virtude deles o processo não alcançará seu fim. Mas já superadas as fases e os momentos adequados para análise desses vícios, encontrando-os, deve o magistrado fazer não mais um juízo para o futuro, mas sim um juízo retrospectivo (olhando para trás): se eles não foram capazes de macular os escopos do processo e se for possível outorgar tutela jurisdicional definitiva, devem ser estes vícios dados por superados (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, cit., p. 99-104).

¹²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, cit., p. 56.

mental.¹²⁷ Daí por que na mescla ou na criação de procedimentos novos deve o magistrado sempre atentar para o feixe de garantias contemplado na cláusula do devido processo constitucional.

3.12 Conclusão parcial

Quanto mais um sistema for capaz de ter predispostos em lei procedimentos adequados à tutela de todos os direitos, melhor será. Isso gera indiscutível previsibilidade e segurança. Esta foi a razão pela qual sustentamos, no capítulo precedente, a imperiosa necessidade de utilização das regras de descentralização normativa, constantes da Constituição Federal, no tocante ao procedimento.

Contudo, sendo fato notório que as circunstâncias cotidianas sempre acabam por criar situações novas ainda não imaginadas pelo legislador, este ideal é praticamente inatingível, de modo que é no plano da doutrina que se deve buscar fundamento para a flexibilização, ainda que sem amparo expresso no direito posto.

Este fundamento se encontra na premissa de que as regras procedimentais não têm um valor em si mesmo e devem ser examinadas à luz dos objetivos para as quais concebidas, bem como do interesse efetivo das partes.

Por isso, inexistindo procedimento ideal para a tutela de dada situação, seja no plano prático, seja simplesmente no plano normativo, compete ao juiz, com a participação efetiva das partes em contraditório útil, adequar o procedimento às peculiaridades da causa, criando ou mesclando ritos.

Assim o fará, em caráter excepcional e fundamentadamente, só quando constatar: (a) a inexistência de previsão legal adequada; (b) a inutilidade da regra formal avaliada no seu aspecto finalístico; ou (c) a situação das partes litigantes, a justificar variação ritual, a bem da igualdade material ou do consenso.

Nestas condições, a flexibilização das regras procedimentais não se incompatibiliza com o princípio do devido processo legal. Pelo contrário, vai ao encontro dele, possibilitando que o procedimento seja moldado particularizadamente, sem prejuízo da previsibilidade e da segurança do sistema.¹²⁸

¹²⁷ Importante destacar que Ada Pellegrini Grinover, na análise do que denomina princípio do pre-juízo, aponta que a atipicidade constitucional acarreta a nulidade absoluta do ato processual, com presunção *jure et de jure* de prejuízo, de modo que nesta situação haveria dispensa da prova do dano pela violação da regra de forma (Invalidade dos atos processuais e ação rescisória, cit., p. 65).

¹²⁸ Como anota Dinamarco, “o que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula do *due process of law*. Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de se cumprir certas funções do processo e porque existem funções a cumprir.” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 129-130).

Os mais cautelosos certamente objetarão – como já objetaram nas primeiras comunicações que fizemos a respeito deste tema – que a teoria tem pouca repercussão prática, e que o Judiciário brasileiro não está habilitado para gerenciar o procedimento.

Para a primeira das críticas, responde-se que, além das hipóteses legalmente autorizadas de flexibilização das regras procedimentais (itens 5.2. e 5.3), há inúmeras outras situações não legalizadas que revelam a utilidade prática da flexibilização, muitas delas, inclusive, já presentes no foro e amparadas pela jurisprudência, conforme veremos no item 5.4.¹²⁹

Para a segunda das objeções, anoto que, não se pode pretender obstar a evolução de um sistema pela alegação genérica de incapacidade de seus operadores, ainda mais quando desprovida de comprovação científica. Fosse mesmo assim, também não teríamos razões para aperfeiçoar o processo no plano normativo, já que os atores jurídicos, de qualquer modo, seriam incapazes de operá-lo adequadamente.

Para bem demonstrar que a flexibilização ritual não é devaneio, pelo contrário, é recomendável no âmbito do processo civil moderno, importante, antes mesmo da aferição da aplicação da teoria na sistemática nacional, uma breve incursão sobre o tema no direito alienígena, em que constatará a confiança depositada pelos sistemas na eleição dos ritos pelas partes, bem como no gerenciamento do procedimento pelo juiz.

É o que fazemos a seguir.

¹²⁹ Em pesquisa de campo realizada com juizes estaduais paulistas, Paulo Eduardo Alves da Silva constatou que processos conduzidos por magistrados que controlam o fluxo do processo são solucionados de maneira mais rápida. O pior resultado encontrado foi exatamente dos processos em que não havia atuação dos juizes na condução do procedimento, isto é, magistrados que não interferem no rito, deixando que ele simplesmente siga o modelo legal (*Condução planejada dos processos judiciais: a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo*, cit., p. 176-180).

Flexibilização do procedimento em outros sistemas

4.1 Introdução

Os estudos de direito comparado são fundamentais para o desenvolvimento de qualquer ciência, pois só assim um ordenamento jurídico pode se beneficiar dos avanços conquistados e implementados fora de suas fronteiras, bem como se precaver de fracassos legislativos ocorridos em outros países.¹

Mesmo assim, a inserção de modelos processuais alienígenas em dado sistema, ainda que exitosa onde implementada, não vem com garantia de sucesso, visto que as realidades judiciárias e culturais locais acabam por condicionar a efi-

¹ Osvaldo Agripino Castro Júnior aponta que a justificativa de uso do direito comparado decorre de ele ser uma ferramenta útil à reforma da legislação e do sistema judicial, bem como à integração de sistemas econômicos, uma vez que somente a análise de uma variedade de culturas e sistemas judiciais, jurídicos e econômicos, demonstra o que é fundamental e conceitualmente necessário para um sistema. Trata-se de "um método que proporciona não somente soluções alternativas para serem usadas em reformas do sistema judicial, mas também um melhor entendimento do sistema doméstico" (CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A relevância do direito comparado e direito e desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 52, jul./set. 2004). Aponta-se, também, que o direito comparado é imprescindível para a criação ou alteração de um determinado instituto (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Lisboa: Editorial Presença, 1978. p. 27).