

ARTIGO

REFLEXÕES EM TORNO DA TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

AUTOR

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, Professor Doutor de direito processual civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogado em São Paulo

CONTATO

Endereço: Rua Sampaio Viana. nº 253, 9º andar – Paraíso – São Paulo – SP – CEP: 04004-000

Telefones: 38854230 / 92091212

E-mail: heitorsica@usp.br; hvms@aasp.org.br

LIVROS PUBLICADOS

- *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2011.
- *Preclusão processual civil*, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

CAPÍTULOS EM LIVROS

- Panorama atual da garantia da publicidade no processo civil brasileiro. In: *Direito processual civil II*, Milton Paulo de Carvalho e Daniel Penteadó de Castro (Org.), São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.122-140.
- Revisitando o sistema de invalidades processuais e de preclusões. In.: *Estratégias processuais da advocacia empresarial*, Carlos Alberto Carmona e Sidnei Amendoeira Jr. (coord.), São Paulo: Saraiva, 2011, p.243-265.
- Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*, José Rogério Cruz e Tucci (Org.), São Paulo: LEX, 2010, p.71-112.
- Direito processual civil colombiano. In: *Direito processual civil americano contemporâneo*, José Rogério Cruz e Tucci (Org.), São Paulo: LEX, 2010, p.95-128.
- Perspectivas atuais da ‘teoria geral do processo’, In: *Bases científicas para um renovado direito processual*, Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon Filho (Org.), 2 ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p.55-78.

- A nova liquidação de sentença e suas velhas questões, In: *Aspectos polêmicos da nova execução*. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: RT, 2008. p.210-239.
- Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil, In: *Impactos processuais do direito civil*, Cassio Scarpinella Bueno (Org.), São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183-202.
- Recurso intempestivo por prematuridade, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v. 11), Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: RT, 2007, p. 134-144.
- Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a lei nº. 11.232/2005, In: *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, Carlos Alberto Carmona (Org.), São Paulo: Atlas, 2006, p.186-209.
- Reconhecimento *ex officio* da cláusula de eleição de foro e exceção de incompetência relativa (artigos 112, § Único, 114 e 305 do CPC), In: *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, Carlos Alberto Carmona (Org.), São Paulo: Atlas, 2006, p.210-214.
- O agravo e o ‘mito de Prometeu’: considerações sobre a Lei n. 11.187/2005, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*” (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v. 9), Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: RT, 2006, p. 193-219.
- Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v. 8), Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: RT, 2005, p. 161-230.
- Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia. *A penhora do bem de família do fiador da locação*, José Rogério Cruz e Tucci (Org.), São Paulo: RT, 2003, p.23-56.

ARTIGOS PUBLICADOS EM REVISTAS JURÍDICAS

- Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v.36, nº 200, Outubro de 2011, p.13-70.
- Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa”. *Revista de Processo*, v.34, nº 178, p.76-105, São Paulo: RT, dezembro de 2009.
- Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)”, *Revista de Processo*, v.32, nº 146, p.49-68, São Paulo: RT, abril de 2007.
- Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo”, *Revista do Advogado*, v.26, nº 85, p.149–158, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, maio de 2006.
- A nova legislação espanhola em matéria de arbitragem, *Revista de Processo*, v.31, nº 132, p.141-153, São Paulo: RT, fevereiro de 2006.
- Reflexões sobre a arbitragem no Brasil e a arbitragem internacional (em co-autoria com Ligia Paula Pires Pinto), *Revista de direito internacional e econômico*, v.2, nº 6, p.23-45, Porto Alegre: Síntese, janeiro a março de 2004.
- Usucapião de área comum em condomínio regido pela lei nº 4591/64, *Revista Jurídica*, v. 49, nº 289, p.58-74, Porto Alegre: Notadez, novembro de 2001.

DECLARAÇÃO DE INEDITISMO

Declaro ser inédito o artigo anexo.

São Paulo, 12 de março de 2012.

Heitor Vitor Mendonça Sica

REFLEXÕES EM TORNO DA TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Heitor Vitor Mendonça Sica

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogado.

SUMÁRIO – **1.** Nota introdutória – **2.** Premissas conceituais: ação, processo e procedimento – **3.** Justificação técnica e política dos procedimentos especiais, e seus diferentes graus de “especialidade” – **4.** Subsidiariedade do procedimento comum, regulado pelo Código de Processo Civil – **5.** Cumulabilidade de demandas submetidas a procedimentos distintos, sendo um deles procedimento especial – **6.** Síntese conclusiva.

RESUMO: O presente ensaio propõe-se a reanalisar criticamente alguns aspectos concernentes à chamada “teoria geral dos procedimentos especiais”, examinando a terminologia adotada pela legislação, pelos tribunais e pela doutrina; a subsidiariedade do procedimento comum; e, finalmente, à cumulabilidade de demandas sujeitas a procedimentos distintos.

RIASSUNTO: Il presente saggio se propone a rivalutare criticamente alcuni aspetti riguardo alla “teoria generale dei procedimenti speciali”, esaminando la terminologia usata dalla legge, dagli organi giudiziari, e dalla dottrina; la sussidiarietà del procedimento comune e, finalmente, la cumulabilità di domande soggette a procedimenti diversi.

PALAVRAS CHAVE: procedimentos especiais – subsidiariedade do procedimento comum – cumulação de demandas

PAROLE CHIAVI: procedimenti speciali – sussidiarietà del procedimento comune – cumulo di domande

1. Nota introdutória

Diversas dificuldades se impõem a quem se aventura a estudar a “teoria geral dos procedimentos especiais”: a ausência de qualquer sistematização legislativa acerca dos

diversos procedimentos especiais; a dispersão da matéria a ser examinada no Código de Processo Civil e em numerosas leis extravagantes; a notável importância das normas de direito material para correta compreensão do respectivo procedimento especial destinado a tutelá-lo; a coexistência de procedimentos especiais criados em contextos legislativos distintos; a dificuldade de aplicar subsidiariamente aos procedimentos especiais as regras do procedimento comum etc.

Contudo, o provável advento de um novo Código de Processo Civil nos convida a enfrentar esses obstáculos para incursionar no tema, que aparentemente tem sido colocado em segundo plano nas discussões em torno do projeto em trâmite no Senado.¹

Nosso objetivo não é outro senão aprofundar o exame de alguns pontos que, segundo nos consta, não têm merecido a devida atenção, sobretudo no tocante à subsidiariedade das normas do procedimento comum aos procedimentos especiais e à cumulabilidade de demandas sujeitas a procedimentos diversos, quando ao menos um deles é especial.

Optamos por analisar os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, no âmbito do processo de conhecimento. No entanto, não se pode duvidar que também no campo da jurisdição voluntária, do processo de execução e do processo cautelar há um procedimento comum e procedimentos especiais,² os quais, contudo, não cabem nos modestos limites deste estudo.

2. Premissas conceituais: ação, processo e procedimento

Não há como examinar o tema “teoria geral dos procedimentos especiais” sem tecer considerações de ordem terminológica quanto a três locuções: *ação*, *processo* e *procedimento*, as quais são usadas de modo bastante impróprio pela legislação brasileira.

¹ Aliás, podemos dizer que, desde há muito, o tema dos procedimentos especiais destaca-se como aquele que recebe menor atenção da doutrina processual civil, o que particularmente visível entre os autores que se dispuseram a publicar *Cursos*, *Manuais* ou *Tratados*. Não raro, o Livro IV do Código de Processo Civil é simplesmente ignorado. Para comprovar essa assertiva, bastam três eloquentes exemplos de obras reiteradamente reeditadas: AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Manual de direito processual civil*) e BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*).

² No âmbito da jurisdição voluntária há o procedimento “comum” regrado pelos arts. 1.103 a 1.102 do CPC, ao lado dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.210). Além da execução por quantia certa “comum”, há os procedimentos especiais, como aqueles aplicáveis à Fazenda Pública na condição de credora (Lei 6.830/1980) e de devedora (CPC, arts. 730 e 731), e à cobrança da prestação alimentar fundada no matrimônio, união estável ou parentesco (CPC, arts. 732 a 735). Já o Livro III do Código de Processo Civil abriga normas relativas à cautelar “inominada” (arts. 796 a 812) e às “cautelares em espécie” (arts. 813 a 889).

Modernamente, compreende-se “ação” como garantia constitucional ampla de acesso ao Poder Judiciário, para obtenção da tutela jurisdicional efetiva, por meio do devido processo legal.³

O primeiro ato decorrente do exercício desse direito de índole constitucional provoca a instauração do “processo”,⁴ assim entendido como uma relação jurídica de caráter público, desenvolvida sob o signo do contraditório, autônoma com respeito à relação jurídica de direito material existente entre os litigantes, e cujo objetivo é a pacificação do litígio, a aplicação do direito objetivo e a afirmação do poder soberano estatal.⁵

Por sua vez, o “procedimento” é entendido como um conjunto complexo de atos encadeados em sequência lógica, pelo qual se exterioriza o processo. O procedimento é documentado pelos “autos”.

Assentados tais conceitos, salta aos olhos que o Livro IV do CPC acertou ao dedicar-se à disciplina dos “procedimentos especiais” (e não mais aos “processos especiais”, como fazia o CPC anterior, de 1939), mas errou ao continuar denominando-os como “ações”.

³ LUIGI PAOLO COMOGLIO assim sintetiza esse raciocínio: “A ‘ação’, em sentido constitucional, como não é mais apenas ‘direito ao processo’ (mas é um ‘direito ao justo processo’), é também um ‘direito à tutela’ (ou, se se preferir, o ‘direito a uma efetiva tutela’), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os ‘princípios supremos’ do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os ‘direitos invioláveis do homem’, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2.º da Constituição italiana)” (*Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 95, já traduzido por nós). Em sentido similar, José Roberto dos Santos Bedaque pontua: “[a]ssim, direito de ação não é direito a uma sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito. (...) [o] direito de ação deve ser visto como garantia da efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil” (Garantia de amplitude da produção probatória. In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 1999. p. 166-167).

⁴ Não se pode olvidar, também, que o exercício do direito de ação não anima, exclusivamente, a *instauração* do processo, mas, sobretudo, o seu *desenvolvimento*. Primeiro, porque sempre se reconheceu o exercício incidental do direito de ação em processos já instaurados (caso da reconvenção, da ação declaratória incidental, da denunciação à lide etc.). Segundo, porque a moderna doutrina processual tem afirmado que a amplitude do direito de ação não esgota apenas na instauração do processo, desdobrando-se em um leque de poderes e faculdades exercitáveis até que o Estado-juiz tenha efetivamente proferido decisão definitiva sobre o litígio e tendo-a executado forçosamente quando assim necessário. Assim, a instauração do processo seria decorrência de um ato praticado pelo autor – denominado “demanda” – que constitui importante, mas não única, manifestação do direito de ação. Nesse sentido, confira-se, e.g., CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 334): “[n]ão há mais espaço para entender o ‘direito de ação’, ou, simplesmente, a ‘ação’ como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido em seu devido contexto, do ‘modelo constitucional do direito processual civil’. Muito mais do que isto, é importante entendê-lo e associá-lo com o próprio agir, durante todo o processo, para a obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material. O ‘direito de ação’, nestas condições, deve ser entendido como o direito subjetivo público exercitável contra o Estado-juiz ao longo de todo o processo como forma de garantir àquele que o exerce a prestação da tutela jurisdicional de acordo com um processo ‘devido’, assim entendido o processo em que se assegurem todos os direitos assegurados pelos princípios constitucionais do processo civil”. Registre-se apenas que SCARPINELLA BUENO não emprega o termo “demanda”, preferindo referir-se ao ato postulatório que rompe a inércia da jurisdição (inicial ou incidentalmente) como “pedido”.

⁵ Referimo-nos obviamente aos três escopos (social, jurídico e político) a que alude CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, na clássica obra *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

A doutrina⁶ destacou o acerto da opção terminológica do diploma atual, em relação ao anterior, mas não se pode deixar de notar a subsistência de equívoco em denominar os procedimentos especiais de “ações” (“ação de consignação em pagamento”, “ação de prestação de contas” etc.). Isso porque a diferente natureza do procedimento não implica exercício de diversos tipos de “ações”, enxergando-se aí reminiscência histórica de um período, superado há muito, em que a ação era reputada remédio típico, taxativa e especialmente criado pela lei para proteger um determinado direito subjetivo,⁷ cujo “rótulo” era considerado indispensável para sua admissibilidade.⁸

Entretanto, não se pode negar que o manejo dessas denominações é bastante útil no dia a dia forense, de modo que vêm bem aqui a calhar as palavras de Cândido Rangel Dinamarco que pontuou: “enquanto o desvio é meramente terminológico, não há nada a temer”.⁹ Parece-nos não ser por outra razão que o Projeto de novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Senado Federal, seguiu a mesma diretriz terminológica do diploma hoje em vigor.

Por razões similares, também não nos parece haver diferentes “ações” quando a atividade jurisdicional requerida pelo litigante seja cognitiva, executiva ou cautelar, dado que, em qualquer desses casos exerce-se garantia constitucional para instalar relação jurídica de direito público, a qual pode abrigar, em diferentes graus, atividades cognitiva, executiva ou cautelar.¹⁰ Sua natureza jurídica, justamente em razão de sua já destacada autonomia, está

⁶ V.g., ADROALDO FURTADO FABRÍCIO. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 34.

⁷ Semelhante ideia constituía base da teoria imanentista do direito de ação, que não discernia o direito subjetivo material do direito de seu titular socorrer-se do Judiciário em caso de lesão (o que influenciou, por exemplo, o art. 75 do Código Civil de 1916, sem similar no Código atual, assim redigido: “Para cada direito corresponde uma ação que o assegure”).

⁸ CRUZE TUCCI (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 44) registra a Constituição romana emitida por Diocleciano e Maximiano, de 290 d.C., recolhida no Código Justiniano (2.10.1), que assentou justamente ser dispensável que o autor atribuísse um *nomen iuris* à ação proposta, como decorrência das máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabu tibi ius*. A mesma diretriz foi prestigiada pelos glosadores e comentadores, na Baixa Idade Média, e acolhida expressamente pelo direito canônico de então (idem, p. 54-55). Ainda hoje a mesma diretriz continua prestigiada na jurisprudência, cumprindo mencionar dois acórdãos do STJ (um mais antigo, outro mais recente) nesse sentido: “O nome com o qual se rotula a causa e sem relevância para a ciência processual” (REsp 7591/SP, 4.ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.11.1991) e “A natureza da tutela jurisdicional não está vinculada à denominação dada pelo autor à ação, e sim ao pedido” (REsp 198144/MT, 4.ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 19.05.2005).

⁹ Das ações típicas. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1, p. 324-352.

¹⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já havia alertado que a divisão “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar” não representa “separação em compartimentos estanques”, dado que, ao ver do autor, “nem todos os processos se apresentam de forma quimicamente pura. Não raro, encontramos processos de conhecimento, ou predominantemente de conhecimento, com aspectos executivos e também com aspectos cautelares” (*A efetividade do processo de conhecimento*. *Revista de Processo*, v. 19, n. 74, p. 127, abr.-jun. 1994). Para ilustrar essa afirmação, basta pensar que o juiz pode exercer poder de cautela no bojo de processo de conhecimento ou de execução; da mesma forma, a efetivação de um provimento antecipatório de tutela ou cautelar encerrará atividade executiva sem que instaure processo de execução, assim como para dar início às

imune de qualquer alteração em face das características dos direitos subjetivos confrontados pelos litigantes ou das técnicas usadas para tutelá-los. Na mesma linha, a nosso ver, a natureza do direito de ação não varia em função da tutela jurisdicional pleiteada (se meramente declaratória, constitutiva ou condenatória).

Em resumo, essas duas “categorias fundamentais” da ciência processual – ação e processo – mantêm-se iguais independentemente do direito material que esteja em jogo, da natureza da tutela jurisdicional reclamada e do procedimento que se adote.¹¹

Embora tenhamos aqui enfatizado a autonomia entre ação e processo em relação ao direito material que se põe como seu objeto, é bem sabido¹² que a existência de procedimentos especiais surge justamente em razão da necessidade de adaptar o modelo básico de prestação da tutela jurisdicional (previsto no Código de Processo Civil e consubstanciado no procedimento comum de conhecimento) a particulares exigências do direito material.

Essa adequação não se resume, como se poderia pensar, a aspectos meramente procedimentais (ou seja, atinentes à forma, sequência, encadeamento e sumarização dos atos praticados pelos sujeitos processuais). Há procedimentos especiais que têm regras específicas relativas à legitimação,¹³ à competência,¹⁴ à coisa julgada,¹⁵ estabelecem limitações horizontais à

atividades executivas ou para conceder provimento acautelatório, há exercício de cognição, embora, via de regra, não plena, exauriente.

¹¹ Essa conclusão, aliás, acha-se assentada há décadas, pela doutrina que cultua a chamada *teoria geral do processo*. Para os estudiosos que acolhem essa linha de pensamento, mesmo consideradas as abissais diferenças entre o sistema processual civil e penal, ambos se aproximam quanto à definição de seus institutos fundamentais (como ação e processo). JOSÉ FREDERICO MARQUES foi um dos primeiros autores que, dentre nós, passou a defender a ideia, largamente disseminada, da unidade científica do processo, seja pela identidade do processo civil e penal como instrumento compositivo de litígios (sejam eles “lides penais” ou “não penais”), bem como pela identidade da jurisdição civil e penal, que “são de todo idênticas, no que ambas têm de essencial e básico” (*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1, p. 48-57). A diferença, aqui, ficaria por conta do fato de a ação penal ser *típica*, ou seja, só poder ser manejada tendo-se como pressuposto a configuração de um tipo penal (conforme destacou FLÁVIO LUIZ YARSHELL. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. p. 71-74).

¹² Essa concepção é também absolutamente uníssona. A propósito, confirmam-se, *verbi gratia*, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 8, t. 3, p. 11) e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51-52).

¹³ Veja-se, por exemplo, que o art. 924 do CPC indica quem seriam os legitimados para a “ação de nunciação de obra nova”. O art. 3.º do Decreto-lei 3.365/1941 cuida, igualmente, da legitimidade ativa para a ação desapropriatória.

¹⁴ Por exemplo, o art. 58, II, da Lei 8.245/1991, relativamente aos procedimentos especiais em matéria de locação imobiliária urbana (despejo, consignação de aluguéis e encargos, revisional de aluguel e renovatória de locação).

¹⁵ Vide, por exemplo, a “ação de alimentos”, a que se aplica o art. 15 da Lei 5.478/1968, embora sua redação seja altamente criticável.

cognição judicial¹⁶ etc. Em todos esses casos, os procedimentos especiais são informados, em verdade, por normas diferenciadas de caráter *processual*.¹⁷

Nesse passo, a denominação “procedimentos especiais” pode ser considerada um tanto equívoca, pois não transmite corretamente a ideia de que, em muitos casos, são eles informados por normas de caráter *processual* diferentes daquelas regidas de forma geral pelo Código de Processo Civil.¹⁸ Tal característica diferenciadora não bastaria para justificar a existência de procedimentos especiais, visto que qualquer demanda que tramita sob o rito comum também se sujeita a seu próprio regramento relativo à competência e a legitimação,¹⁹ o qual se funda nas peculiaridades do direito material em disputa.²⁰

Ainda assim, não propomos aqui que se restaure a terminologia empregada pelo Código de Processo Civil de 1939 – *processos especiais* – porque entendemos, e aqui reiteramos, que o conceito de *processo*, tal qual o de ação, não varia em função do direito material pleiteado e das diferentes técnicas adotadas para outorga da tutela jurisdicional. Desse modo, diante das opções terminológicas apresentadas, aquela consagrada pelo nosso Código de Processo Civil é a que desponta menos inadequada.

Seja como for, para reforçar o acerto dessa conclusão, ocorre-nos lembrar que a lei que instituiu o Juizado Especial Cível também foi alvo de discussão semelhante. Muitos autores defenderam que havia sido criado um novo *processo especial* (e não um mero *procedimento especial*), sob o fundamento principal de que a Lei 9.099/1995 criou uma estrutura judiciária própria e instituiu princípios gerais (art. 2.º) diversos daqueles que inspiram o Código de Processo Civil.²¹

¹⁶ À guisa de exemplo, veja-se a limitação às matérias alegáveis pelo réu em defesa à ação de busca e apreensão em razão de alienação fiduciária (art. 3.º, § 2.º, do Decreto-lei 911/1969) e à ação desapropriatória (art. 20 do Decreto-lei 3.365/1941).

¹⁷ Essa distinção entre normas *processuais* e *procedimentais* foi bem examinada por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI (*Flexibilidade procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30-41).

¹⁸ Em certo sentido, esse é o entendimento de YARSHELL (*Tutela jurisdicional*, cit., p.186). Por isso, parece-nos ser o caso de discordar de CASSIO SCARPINELLA BUENO (O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (a Medida Provisória 2.088). In: CASSIO SCARPINELLA BUENO e PESRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149), para quem a ação de improbidade somente passou a ser um procedimento especial a partir das primeiras edições da aludida Medida Provisória (que tinha o n. 2088). Antes disso, embora aplicável o procedimento ordinário (art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992), a ação de improbidade trazia regras de caráter *processual* – quanto à legitimidade (art. 17, *caput*) e quanto a medidas de caráter preventivo, como a indisponibilidade de bens e o sequestro (arts.7º e 16 e) – que lhe conferiam o caráter de procedimento especial, segundo o critério aqui adotado.

¹⁹ Conforme nos pontuou, em atenta leitura do original deste texto, o colega CÉSAR AUGUSTO ALCKMIN JACOB.

²⁰ Segundo demonstrou há tempos BEDAQUE (*Direito e processo*, cit., p. 65-67 e 80-81).

²¹ Como, e.g., CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, p. 770).

Ousamos discordar dessa ideia. A fixação de regras de competência diversas das previstas no Código de Processo Civil não basta para afirmar a existência de um diferente tipo de *processo*. De outro lado, essa competência diferenciada dos Juizados Especiais Cíveis define-se pelo tipo de litígio (“causas cíveis de menor complexidade”, conforme enuncia o art. 3.º da Lei 9.099/1995), tendo por premissa básica a ideia de que o procedimento comum (previsto no Código de Processo Civil) é desnecessariamente complexo para resolvê-las. Em atenção a uma característica do direito material deduzido (baixa complexidade), o legislador criou um procedimento especial, mais simples e oral, em certa medida ampliando características já presentes no próprio procedimento *comum* sumário (não por acaso, costuma-se chamar de *sumaríssimo* o procedimento do Juizado Especial Cível). O fenômeno é exatamente o mesmo que origina a criação dos demais procedimentos especiais, de modo que não há, enfim, como reconhecer um processo dos Juizados Especiais. Há, sim, um *procedimento especial* inserido no contexto de um *microsistema*²² regido por princípios próprios. Aplica-se o mesmo raciocínio aos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública (Leis 10.259/2001 e 12.153/2009).

Podemos fazer a mesma afirmação quanto aos meios de tutela de interesses transindividuais. Seguindo-se as premissas até aqui afirmadas, a expressão *processo coletivo* seria imprópria, pois em realidade denominaria o rol de *procedimentos especiais* previstos em legislação extravagante e conotados por regras específicas, principalmente quanto à *legitimação ativa* e quanto à *coisa julgada* diversas daquelas previstas no Código de Processo Civil (arts. 6.º e 472).²³

Antes de prosseguir, convém destacar que a fixação de tais premissas não é fruto de mero preciosismo terminológico, sem qualquer relevância prática. Ao contrário, a adequada compreensão da unicidade dos conceitos de “ação” e “processo” previne alguns exageros formalistas que conspiram contra o cumprimento dos escopos do processo. As limitações

²² Vide, sobre o tema, teoria acerca dos microsistemas jurídicos elaborada por NATALINO IRTI para descrever a lógica interna das leis especiais em sua obra *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 65 e ss.

²³ Essa ideia não tem nada de novo. JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 210) leciona que a ação popular seria um procedimento especial que, por sua proximidade com o comum ordinário, poderia ser de “ordinário modificado”. Acompanha esse pensamento RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Ação popular*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 227). Em outro estudo, o mesmo autor se manifestou de maneira ainda mais ampla: “[e]mbora se costume dar nome às diversas ações [...] na verdade uma ação judicial, como deflui do antes exposto, é um conceito unitário, e a diversa nomenclatura existente na práxis judiciária (e mesmo nas leis processuais) deixa entrever que aí se imbricam as noções de *ação* e de *pretensão material*” (*Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006. p. 180). Pelas premissas já assentadas, as afirmações constantes do corpo do texto, a nosso ver, subsistiriam válidas mesmo se vingarem as propostas de criação de um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*.

deste ensaio não permitem obviamente analisar todos esses desvios, mas seguramente podemos pontuar alguns, nos itens que se seguem.

3. Justificação técnica e política dos procedimentos especiais, e seus diferentes graus de “especialidade”

Conforme destacado, é absolutamente assente a ideia de que os procedimentos especiais só se justificam na medida em que houver a necessidade de adequar regras inconvenientes ou insuficientes para prestação jurisdicional eficiente em face das peculiaridades do direito material.²⁴

Exatamente por isso é que existem no sistema procedimentos especiais que são “mais especiais” que outros,²⁵ por apresentarem mais ou menos diferenças em relação ao procedimento comum regrado no Código de Processo Civil.²⁶

²⁴ Já há algum tempo ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, com amparo em vários estudiosos, fez essa observação: “Em princípio, aliás, pelo menos do ponto de vista da operacionalidade prática do processo, a generalização do procedimento ordinário deveria ser a maior e a mais ampla possível, com a redução do elenco dos especiais; estes, ainda nos limites do referido critério, só se justificariam quando fosse absolutamente inadequado ou suficiente para o tratamento em juízo da matéria considerada” (*Comentários...*, cit., p. 7). Mais recentemente, CALMON DE PASSOS afirmou que “A especialidade do procedimento deve ser, portanto, uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se em sua inteireza o procedimento ordinário” (Teoria geral dos procedimentos especiais. In: CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e FREDIE DIDIER JR. (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2002. p. 3 e ss.).

²⁵ Assim notaram, por exemplo, FREDERICO MARQUES (*Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 131 e ss.) e ANTONIO CARLOS MARCATO (*Procedimentos especiais*. 8. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36).

²⁶ A “ação de usucapião” (CPC, arts. 941 a 945) pode ser considerada – no esteio da lição de DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 340) – um “falso procedimento especial” pois, com as alterações que a Lei 8.951/1994 trouxe ao art. 942 do CPC (mormente a extinção da chamada “audiência preliminar de justificação”), corre, por completo, sob o procedimento comum ordinário, sendo conotado apenas por normas diferenciadas no tocante à legitimação passiva (CPC, arts. 942 e 943) o que, a rigor, não seria suficiente para justificar a existência de um procedimento próprio (bastaria, se tanto, deslocar essas regras para o regime de direito material da usucapião ou para normas que regem o ato de citação). Outros procedimentos especiais apresentam uma fase processual que os particularizam do procedimento comum, seguindo-o quanto ao mais. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 13, p. 4) leciona que “[a] especialidade nem sempre significa exclusão da ordinariedade; às vezes, essa ordinariedade persiste e apenas se modifica em algum momento inicial; ou apenas se alude a que se manteve a forma ordinária, a despeito da especialidade da pretensão e da ação”. Exemplo clássico é a ação de manutenção ou reintegração de posse de força nova (CPC, arts. 926 e ss.), na qual o desenvolvimento normal da fase postulatória abre espaço para a análise acerca da concessão ou não de liminar (inclusive mediante a designação da audiência de justificação, com prévia da citação do réu, conforme art. 926, parágrafo único, do CPC). No entanto, superada essa questão, o procedimento “converte-se”, por assim dizer, ao comum ordinário (CPC, art. 930), pois, daí em diante, se seguirá inteiramente o que prescreve o Livro I do Código de Processo Civil. Há, por fim, determinados procedimentos que, realmente, são especiais, do começo ao fim, como é o caso, evidentemente, do mandado de segurança, entre outros. Essa classificação tripartida já era sugerida por LUÍS MACHADO GUIMARÃES (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 4, p. 14) na vigência do Código de Processo Civil de 1939, e vem abraçada também, entre outros, por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 340).

Ao disciplinar qualquer procedimento especial, o legislador se depara com dois riscos: o de deixar de alterar o procedimento comum naquilo que seria necessário para uma adequada tutela dos direitos materiais, ou modificá-lo sem benefício algum à atividade jurisdicional. Ambos os deslizes produzem consequências insidiosas.

Por um lado, deixar de alterar regras gerais do Código de Processo Civil inadequadas ou insuficientes para tutelar os litigantes em determinadas situações de direito material conspira contra a efetividade do processo, que pressupõe adequação de seus instrumentos em relação ao direito material.²⁷

Entretanto, a postura inversa é também bastante prejudicial. Não raro, procedimentos especiais simplesmente não se justificam como um todo,²⁸ ou trazem regras diferenciadoras do padrão do Código de Processo Civil sem qualquer razão de ordem prática, e que atentam contra a celeridade e a efetividade processuais.²⁹ Tal como pontuou Calmon de Passos, o sistema conotado pela pluralidade de procedimentos especiais desnecessários é “desigualizador e complicador”.³⁰

Em uma primeira vista, nosso sistema incorreu mais frequentemente no segundo erro aqui apontado, pois prevê uma quantidade exagerada de procedimentos especiais, muitos deles

²⁷ A esse aspecto dá especial destaque ANDREA PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 52-55) ao considerar que a *adequação* da prestação jurisdicional ao direito material invocado é consequência natural e necessária da superação da ideia de ação como direito unitário e completamente autônomo (que é impregnada da concepção de igualdade formal do Estado liberal do século XIX) para a ideia de *efetiva tutela jurisdicional* (própria do Estado social do século XX, que se baseia em critérios de igualdade substancial). No mesmo sentido, entre nós, FREDIE DIDIER enaltece a importância do chamado “princípio da adequação” (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001).

²⁸ A já mencionada “ação de usucapião” é um claro exemplo dessa afirmação, conforme nota 26, supra. O mesmo se diga quanto à “ação de renúnciação de obra nova”, cuja grande peculiaridade – a possibilidade de embargo liminar da obra (CPC, art. 935 e ss.) – tornou-se obsoleta em face do advento da antecipação de tutela (CPC, art. 273), sendo as demais normas especiais pouco relevantes para justificar sua subsistência. Aliás, a possibilidade de o réu prestar caução para continuação da obra (CPC, art. 940) torna, a nosso ver, a medida urgência prevista nesse procedimento especial menos efetiva que o regramento geral constante do art. 273 do CPC, que não contém regra similar.

²⁹ No campo das “ações coletivas” há um exemplo eloquente dessa afirmação. Referimo-nos aos §§ 7.º a 9.º do art. 17 da Lei 8.429/1992, introduzidos pela Medida Provisória 2225-45, de 04.09.2001 (ainda em tramitação, eis que não atingida pela EC 32/2001). É certo que essa disciplina sofreu influência do processo penal (CPP, arts. 513 a 518 e dos arts. 4.º ao 7.º da Lei 8.038/1990), como bem lembrou TEORI ALBINO ZAVASCKI (*Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 129), mas essa alteração não se justifica sobretudo em face da possibilidade de “indeferimento da inicial” (CPC, arts. 267, I, e 295) e do “julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330).

³⁰ Teoria geral dos procedimentos especiais, cit., p. 4. Adiante, o autor completa: “[p]éssimo, política e tecnicamente, será optarmos por deixar inadequadamente regulado o que deve servir para a quase totalidade dos litígios, e nos perdermos em elucubrações cerebrinas para institucionalizar excepcionalidade” (idem, *ibidem*). No mesmo sentido, MONIZ DE ARAGÃO (Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, n. 358, p. 49-58, nov.-dez. 2001) e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (Procedimento e ideologia no direito brasileiro. *Ajuris*, v. 12, n. 3, p. 82-833, mar. 1985).

injustificáveis tecnicamente.³¹ As causas dessa descontrolada proliferação são também conhecidas: *a*) a crônica ineficiência do procedimento ordinário³²; *b*) o apego injustificado a tradições históricas³³; e *c*) razões de conveniência política.³⁴

Parece-nos que esse quadro se alterará no projeto de novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional, o qual excluiu alguns procedimentos especiais hoje previstos no Livro IV do diploma em vigor.³⁵

A par desse exagero na quantidade de procedimentos especiais, é notável outro fenômeno nesse campo. Não raro, os procedimentos especiais introduzem novidades que não são propriamente adaptadas ao particular tipo de conflito de interesses que pretendem tutelar. A impressão que se tem é a de que o legislador, ao criar ou modificar procedimentos especiais

³¹ DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 185) arrola a “existência de uma grande quantidade de procedimentos especiais” como uma das principais “opções” que caracterizam o modelo processual infraconstitucional brasileiro. E esse fenômeno nada tem de novo. Deixando-se de lado os monumentos legislativos que vigoram no Brasil antes de 1939 (tema tratado por JOSÉ DE MOURA ROCHA. Sobre os procedimentos especiais. *RePro*, v. 14, n. 53, p. 22-25, jan.-mar. 1989), temos que o nosso primeiro Código de Processo Civil nacional tratava dos “Processos Especiais”, em posição de destaque, ocupando nada mais, nada menos, do que 376 artigos (ou 35% dos 1.047 artigos do Código). Somando-se esses àqueles constantes do rol bastante heterogêneo de processos e procedimentos lançados no Livro IV do Código sob a rubrica “Processos Acessórios”, tem-se quase metade dos artigos do Código de Processo Civil de 1939, e ao todo 61 procedimentos especiais. ALFREDO BUZUID, na Exposição de Motivos ao atual Código de Processo Civil (Capítulo II, item 4, da Exposição de Motivos), já criticava essa técnica legislativa, mas nada fez para mudá-la, dado que dedicou o Livro IV do Código aos procedimentos especiais, com mais de 300 artigos (do art. 890 ao art. 1.210), manteve em vigor normas relativas a 16 procedimentos especiais do Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1973, art. 1218), e não trouxe para o corpo do Código de Processo Civil nenhum dos procedimentos especiais instituídos pelas leis extravagantes editadas de 1939 a 1973.

³² Essa circunstância não apenas enseja a proliferação de procedimentos especiais, mas também a largueza da lista de títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585), como destaca ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., p. 7).

³³ Claríssima prova disso é a ação de reintegração de posse de “força nova” que, com contornos muito similares (mormente o do requisito de posse de menos de “ano e dia”), já vinha prevista pelas Ordenações Afonsinas, de 1446 (Livro III, Título 106).

³⁴ Podemos destacar, para comprovar tal afirmação, a criação da ação de busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente. Como se sabe, essa modalidade de contrato foi criada por um artigo (art. 66) inserido, totalmente fora de contexto, no corpo da Lei 4.728/1965 (editada no início do regime militar para regular o mercado de capitais). Depois, o Decreto-lei 911/1969 alterou sua redação e conferiu ao credor (instituição financeira) procedimento especial absolutamente célere e sumário, que permite a concessão de liminar de busca e apreensão com a simples apresentação de documento que satisfaça os módicos requisitos formais do art. 2.º, § 2.º, do Decreto para o fim de provar a mora do devedor. ALVARO DE OLIVEIRA (Procedimento e ideologia no direito brasileiro, cit., p. 82-83) vê, nesse e em outros exemplos lá listados, traço da influência da ideologia que inspirava o aparelho estatal, e se traduzia em uma criação de vários procedimentos especiais tendentes à proteção dos interesses das classes dominantes.

³⁵ O Anteprojeto apresentado ao Senado da República propôs a exclusão dos seguintes procedimentos especiais hoje previstos no Livro IV do Código de Processo Civil em vigor: *a*) ação de depósito; *b*) ação de anulação e substituição de títulos ao portador; *c*) ação de nunciação de obra nova, ação de dar contas, ação monitoria, ação de usucapião de terras particulares, além da maioria das cautelares nominadas e todos os procedimentos previstos no Código de Processo Civil de 1939 e que ainda persistiam vigentes por força do art. 1.218 do CPC em vigor (os quais se propôs fossem submetidos ao procedimento comum, no esteio do art. 968 do Anteprojeto). O Senado Federal aprovou as exclusões propostas, e (re)incluiu no corpo do Código o procedimento especial da dissolução parcial de sociedade (arts. 585 a 595), que atualmente se acha regulado pelos arts. 655 a 674 do CPC de 1939, por força do art. 1.218, VI, do CPC de 1973.

(especialmente no caso de leis extravagantes), frequentemente aproveita para criar mecanismos que acelerem o processo independentemente das peculiaridades do direito material que lhe constitui a base. E, não raro, essas experiências, por terem se revelado frutuosas, tornaram-se gerais por reformas no Código de Processo Civil.³⁶

Talvez esse fenômeno se explique pela dificuldade e demora na tramitação legislativa de normas gerais que reformem pontos sensíveis do Código de Processo Civil, e/ou pela ausência de estatísticas que comprovem o bom resultado de novas disposições processuais e procedimentais, o que sugeriria que o legislador fizesse “testes” em determinados procedimentos especiais.

Naturalmente que essas explicações não passam de especulação, mas não encobrem o fato de que os procedimentos especiais com frequência instituem normas que não se prestam, apenas, a adequar a prestação da tutela jurisdicional às vicissitudes do direito material controvertido, trazendo também novidades cuja utilidade se espraia para todo o sistema processual.

4. Subsidiariedade do procedimento comum, regulado pelo Código de Processo Civil

Outro aspecto de que cuida a “teoria geral dos procedimentos especiais” refere-se à subsidiariedade das normas gerais do procedimento comum regulado pelo Livro I do Código de Processo Civil. Trata-se de um princípio aplicável a todo e qualquer procedimento especial, mesmo naqueles casos de procedimentos “muito especiais” (como o mandado de segurança ou as “ações coletivas”).

Todavia, a prática demonstra que muitas vezes essa subsidiariedade é mal compreendida, conduzindo a duas ordens diversas de equívocos.

³⁶ Exemplos dessas afirmações não faltam. Não se pode negar que a *tutela antecipada* inspirou-se em diversos procedimentos especiais, principalmente no mandado de segurança. Do mesmo modo, parece inegável que os arts. 461 e 461-A do CPC (atinentes à execução específica das obrigações de fazer, não fazer e dar) sofreram forte influência do art. 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e do art. 84 do CDC. A já bastante referida lei de locações de imóveis urbanos (Lei 8.245/1991) inovou quanto à possibilidade de citações e intimações pela via postal para pessoas físicas (art. 58, IV), que acabou generalizada para o Código de Processo Civil pela Lei 8.710/1993 (art. 222). A mesma lei de locações também inovou ao estabelecer que, nas causas por ela regidas, a apelação, como regra, não teria efeito suspensivo (art. 58, V), mas até hoje o Congresso Nacional tem relutado em generalizar essa norma para o Código de Processo Civil (alterando-se o art. 520), a despeito dos vistosos resultados práticos obtidos a partir desse dispositivo legal. É fato notório que o (extinto) Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, a quem competia (até a EC 45/2004) julgar as causas em matéria de locação predial urbana, experimentou uma queda vertiginosa no número de recursos de apelação, que refletiu numa diminuição sensível do trabalho de seus juízes, permitindo-se que para aquela Corte fossem transferidas matérias cuja competência recursal cabia, antes, ao (também hoje extinto) Primeiro Tribunal de Alçada (como cobranças de despesas condominiais). O Projeto de novo Código de Processo Civil, tal como aprovado pelo Senado Federal, acolhe essa diretriz, embora com alguns temperamentos (art. 949).

Por vezes, as normas gerais do Código de Processo Civil se sobrepõem indevidamente a normas específicas dos procedimentos especiais. Essa é uma das críticas recorrentemente feitas à realidade prática dos Juizados Especiais, que, como normalmente se diz, tem sido com indesejável frequência “ordinarizado”.

No entanto, esse fenômeno não é tão comum quanto o inverso, em que as normas subsidiárias do Código de Processo Civil, embora efetivamente aplicáveis, não são observadas, principalmente nos procedimentos especiais da legislação extravagante.

O mandado de segurança encerrava uma extensa quantidade de exemplos, sendo uma das mais gritantes o descabimento de fixação dos honorários sucumbenciais (pacificada havia décadas pela Súmula 512 do STF e repetida pela Súmula 105 do STJ).³⁷ A Lei 12.016/2009 perdeu uma ótima oportunidade de corrigir esse problema, e positivou o entendimento jurisprudencial que desprezava a correta subsidiariedade do Código de Processo Civil em relação ao procedimento especial do *writ*. Pelo menos temos hoje norma legal a respeito, em vez de entendimentos jurisprudenciais construídos em desacordo com a lei, mas ainda assim percebe-se a dificuldade de aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil ao mandado de segurança. Nesse passo, persiste válida a crítica de Barbosa Moreira:

[...] convém reiterar asserto que há muito tempo vimos pondo como premissa de qualquer argumentação em torno de problemas do mandado de segurança: esse instituto não é um *monstrum* sem parentesco com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes.³⁸

A Lei de Locações de Imóveis Urbanos ainda encerra dois exemplos. É bastante difundido o entendimento de que a revelia não operaria a plenitude de seus efeitos na ação revisional e na renovatória, que sempre exigiram perícia para fixação do valor do locativo, salvo acordo expresso das partes.³⁹

³⁷ Tais problemas deviam-se a uma má compreensão dos arts. 19 e 20 da Lei 1.533/1951. O primeiro dispositivo previa que as normas sobre litisconsórcio previstas no Código de Processo Civil de 1939, vigente à época, se aplicavam, ao mandado de segurança, passando a falsa impressão de que as demais regras do Código não o seriam. O segundo dispositivo limitou-se a revogar as disposições que o Código de Processo Civil então vigente continha sobre o mandado de segurança, sem afastar sua aplicação subsidiária em face do silêncio da Lei 1.533/1951.

³⁸ Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 211-224.

³⁹ Conforme FRANCISCO CARLOS DA ROCHA BARROS (*Comentários à lei do inquilinato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 1997. p. 538 e 609). A tese encontra eco também no STJ: REsp 7960/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3.^a Turma, j. 16.04.1991, DJ 06.05.1991, p. 5666, e REsp 61.044/SP, Rel. Min. William Patterson, 6.^a Turma, j. 16.12.1996, DJ 31.03.1997, p. 9645.

Mesmo os procedimentos disciplinados pelo Livro IV do Código de Processo Civil não ficam imunes a esse fenômeno. Veja-se, por exemplo, que, apesar da regra do art. 272, parágrafo único, do CPC, há quem negue a aplicabilidade do art. 273 a procedimentos especiais.⁴⁰

Não bastassem os problemas decorrentes tão somente da má interpretação da subsidiariedade do Código de Processo Civil aos procedimentos especiais, constata-se com frequência que reformas do Código não vêm acompanhadas de alterações na legislação extravagante, criando graves problemas práticos.⁴¹

A melhor forma de minimizar esses problemas seria a codificação da maior quantidade possível de procedimentos especiais atualmente dispersos em diversos diplomas legais, deixando-se para a legislação extravagante apenas aqueles inseridos no contexto de microssistemas, como no caso dos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública, e dos processos coletivos.⁴² Lamentavelmente não foi esse o caminho escolhido pelo Projeto do novo Código de Processo Civil, repetindo, nesse particular, o que ocorreu quando do advento do Código de Processo Civil de 1973.⁴³

⁴⁰ Quanto à ação de reintegração de posse, há julgados que entendem que, se o esbulho ou turbação não forem de “força nova” (a ensejar liminar nos termos do art. 926 do CPC), seria incabível a antecipação de tutela (CPC, art. 273). A título de exemplo, invocamos um acórdão mais antigo, outro bem recente: “Reintegração de posse. Indeferimento de antecipação de tutela. Viabilidade. Impossibilidade de tutela antecipada, nos moldes do art. 273 do CPC, aos casos de posse velha” (extinto 1.º TAC/SP; Agravo de Instrumento 870.850-7/SP; 8.ª Câmara, Rel. Juiz Antonio Carlos Malheiros; j. 15.09.1999, BAASP, 2177/1546, j. 18.09.2000) e “Ação de mais de ano e dia do esbulho. Réu notificado no ano de 2007. Procedimento especial das ações possessórias que não se coaduna com o instituto da tutela antecipada. Rito ordinário do art. 924 do CPC não derogado pelo novo Código Civil” (Agravo de Instrumento 0229289-14.2011.8.26.0000, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cerqueira Leite, j. 19.10.2011).

⁴¹ Para ilustrar essa afirmação, convém servirmo-nos de outro exemplo extraído da lei de locação de imóveis urbanos. A ação revisional de aluguéis foi disciplinada pela Lei 8.245/1991, que estabeleceu a aplicação supletiva do procedimento comum *sumaríssimo* (art. 68 da Lei 8.245/1991). Por força da Lei 9.245/1995, mudou-se sua denominação para *sumário*, a reboque de várias outras modificações, a começar pela criação da “audiência de conciliação” (CPC, art. 278, § 2.º) inexistente no procedimento *sumaríssimo*, regrado pela redação original do Código de Processo Civil (nele previa-se apenas uma audiência, de instrução e julgamento). Assim, por um lado, a Lei 8.245/1991 (não foi alterada em 1995) afirma que, ao marcar a audiência de instrução e julgamento, o juiz fixará o “aluguel provisório” (art. 68, II) e que, nessa audiência, o réu apresentará contestação. Por outro lado, o Código de Processo Civil determina que o juiz designará audiência de instrução e julgamento apenas ao final da audiência de conciliação, que só se realiza com a participação do réu que tenha sido previamente citado (CPC, art. 277, *caput*), e que tenha tido oportunidade de contestar a demanda (art. 278, *caput*). Logo se percebe a dificuldade de reconhecer o momento em que o juiz fixa o aluguel provisório. A nosso ver, o art. 68, II, da lei inquilinária deve ser interpretado à luz do que dispõe o atual procedimento *sumário*, de tal modo que a fixação do aluguel provisório deve ser feita ao final da audiência de conciliação, quando o demandado já tiver contestado (prestigiando-se, assim, o contraditório), mas sem obrigar o autor (locador) a aguardar todo o trâmite processual, até a audiência de instrução (que, ademais, normalmente será desnecessária em causas revisionais).

⁴² Aliás, esse microssistema das ações coletivas também carece de melhor sistematização legislativa, em face da multiplicidade de leis dedicadas ao tema. Referimo-nos à Lei da Ação Popular (4.717/1965), à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437/1985), ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

⁴³ Logo após promulgação do atual Código de Processo Civil, BARBOSA MOREIRA lembrou que a Exposição de Motivos do seu Anteprojeto prometera unificar todos os procedimentos especiais no mesmo diploma, o que não

5. Cumulabilidade de demandas sujeitas a procedimentos distintos, sendo um deles procedimento especial

Cumpra também examinar o regramento da cumulação, em uma única demanda, de pedidos submetidos a procedimentos diversos, sendo um deles procedimento especial.

Para exame dessa questão, o referencial normativo obrigatório está no art. 292, § 2.º, do CPC que assim dispõe: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário”.

Da leitura isolada do dispositivo poder-se-ia inferir que o autor estaria sempre autorizado a preterir voluntariamente o(s) procedimentos(s) especial(is) previstos ou mesmo o procedimento comum sumário, em favor do procedimento comum ordinário.

Justificando essa linha de pensamento, vários autores costumam destacar que essa escolha seria possível porque militaria exclusivamente em prejuízo do próprio autor, que abriria mão da *sumariedade* típica da maioria dos procedimentos especiais,⁴⁴ sem trazer, ao menos em princípio, prejuízo ao réu, a quem assegurar-se-ia amplo contraditório, próprio do procedimento que permite a cognição mais ampla.⁴⁵ Com isso, abrir-se-ia possibilidade para a cumulação objetiva de demandas, com ganhos em termos de economia processual e da harmonização de julgados, ainda que com algum sacrifício da celeridade processual.⁴⁶

Contudo, parece-nos que esse raciocínio padece de alguns equívocos.

Primeiramente, não são todos os procedimentos especiais caracterizados pela sumariedade, seja em termos de cognição, seja no âmbito procedimental. Quanto a este último aspecto, há, ao contrário, vários procedimentos especiais bem mais complexos que o procedimento

foi cumprido no projeto apresentado ao Congresso Nacional e que veio a se converter em lei. A propósito, o notável jurista assim se manifestou: “[...] quando se anunciou a reforma do nosso processo civil, uma das aspirações generalizadas entre todos aqueles que lidam com esses problemas – professores, advogados, juízes –, era a de que se aproveitasse a oportunidade para proceder à reunificação de todas as normas processuais em um corpo único, sob uma única sistemática”. Contudo, o autor manifestou sua “decepção” com o fato de que BUZAID não apenas deixara de incluir, no projeto, a disciplina desses procedimentos especiais regulados por leis extravagantes, mas até fizera mais: retirara ou deixara de “contemplar no projeto ações que, atualmente, são reguladas pelo C. Proc. Civ. Isto é, não apenas não se tomou a providência de fazer voltar ao redil as ovelhas tresmalhadas, mas até se chegou ao requinte de afugentar outras ovelhas [os procedimentos referidos pelo art. 1.218 do CPC de 1939]” (A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, v. 246, p. 40, abr.-maio-jun. 1974).

⁴⁴ Aspecto destacado por, v.g. NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003. p. 293).

⁴⁵ Conforme leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 957).

⁴⁶ CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3, p. 209.

comum ordinário, por exemplo, a ação divisória, a ação demarcatória, a ação de prestação de contas movida por quem tem o direito de exigi-las etc.

Em segundo lugar, nem sempre o réu se beneficia da adoção do procedimento comum em detrimento do especial.⁴⁷ Como exemplo tem-se a ação possessória ou a ação consignatória, em que ao réu é facultado formular pedidos em face do autor sem observar as formalidades inerentes à reconvenção⁴⁸ (CPC, arts. 922 e 899, § 2.º).

Finalmente, e mais importante, a análise do art. 292, § 2.º, em conjunto com os arts. 250 e 295, V, do CPC, revela que a margem de escolha do autor quanto ao procedimento é reduzidíssima, dado que, segundo doutrina largamente majoritária, as normas procedimentais são de “ordem pública”, não podendo ficar à livre disposição das partes.⁴⁹

Diante dessa aparente antinomia entre o art. 292, § 2.º, do CPC, de um lado, e de outro os arts. 250 e 295, V, do mesmo diploma, parece-nos que, como sói ocorrer, a “virtude está no meio”. A escolha do procedimento a ser adotado não é inteiramente livre, mas há alguma “margem de manobra” por parte do demandante. Cumpre examinar esse ponto com mais vagar, pois dele dependerá a solução de diversos casos de dúvida sobre a cumulação de demandas submetidas a procedimentos diversos, sendo um deles especial.

Primeiramente, os procedimentos especiais inseridos em *microsistemas* diversos não costumam ser *renunciáveis* por parte do autor e, conseqüentemente, não há como aceitar que a cumulação de demandas provoque a adoção do procedimento comum ordinário, como manda o art. 292, § 2.º, do CPC. Nessa linha, não há como aceitar que se cumulem, em uma mesma demanda, pedidos de tutela *coletiva* com pedidos de tutela *individual*, em face da evidente incompatibilidade, o que impede a aplicação do § 2.º do mesmo diploma, na linha do § 1.º, III, do mesmo dispositivo.⁵⁰

⁴⁷ Nesse sentido se manifestaram ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., p. 19-23) e LUIZ ORIONE NETO (Teoria geral dos procedimentos especiais. *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*, cit., p. 30-34).

⁴⁸ Muitos doutrinadores invocam esses dispositivos para enquadrar os procedimentos na categoria das “ações dúplices”. Preferimos seguir a linha de LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI (*Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. passim.) de enxergar nessas normas (e em outras similares) fenômeno diverso, por ele denominado de maneira inovadora de “contestação com conteúdo reconvenç onal”. A duplicidade da demanda, entendemos, se traduz em fenômeno mais restrito caracterizado pela natureza do direito material controvertido, de tal modo que ao réu possa ser outorgada tutela jurisdicional idêntica àquela pleiteada pelo autor, independentemente de qualquer pedido por parte do réu. O exemplo mais claro é a ação possessória.

⁴⁹ Confirmam-se, e.g., GAJARDONI (*Flexibilização...*, cit., p. 80-84), e SIDNEI AMENDOEIRA JR. (*Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79-100), ambos com ampla referência doutrinária.

⁵⁰ No microsistema dos Juizados Especiais – Cíveis, Federais e da Fazenda Pública – as coisas se passam de um modo um tanto diverso. Se uma das demandas cumuladas não observar a competência estabelecida pelo art. 3.º da Lei 9.099/1995, art. 3.º da Lei 10.259/2001 e art. 2.º da Lei 12.153/2009, respectivamente, aplicar-se-á o procedimento comum. No mais, o Juizado Especial Cível tem competência concorrente à da “Justiça comum”, de modo que, embora inserto em um microsistema, o seu procedimento é renunciável. No âmbito dos outros

Mesmo que se excluam as hipóteses de procedimentos insertos em microsistemas, ainda assim se impõem outras restrições à renúncia por parte do autor acerca do procedimento especial aplicável em abstrato para o direito material por ele afirmado.

Há procedimentos especiais que outorgam ao autor tutela jurisdicional tão claramente mais eficiente, célere e adequada do que aquela prestada pelo procedimento comum ordinário, que lhe faltaria interesse processual para optar por este último. Nessa situação se acha, por exemplo, a ação de desapropriação, faltando ao autor interesse processual para promovê-la pelo rito ordinário. Nesse caso, o réu teria a plena possibilidade de arguir qualquer matéria de defesa, não mais limitada apenas ao questionamento quanto ao valor do bem objeto da demanda (art. 20 do Decreto-lei 3365/1941). Pelas mesmas razões, não se poderia cogitar a busca e apreensão do bem móvel alienado fiduciariamente por procedimento diverso daquele previsto pelo Decreto-lei 911/1969.

Temos, aqui, então, exemplos de procedimentos especiais *infungíveis*,⁵¹ que não podem ser abandonados por livre escolha do autor, e as pretensões neles veiculadas, por consequência, não podem ser cumuladas a outras submetidas a procedimentos diversos. Nos casos de infungibilidade, inviabiliza-se a aplicação do art. 292, § 2.º, do CPC, por força do inciso III do § 1.º do mesmo dispositivo.

Por outro lado, para delimitarmos a categoria dos procedimentos especiais *fungíveis*, é necessário procurar no sistema hipóteses em que ao autor é facultado renunciá-los em favor do procedimento comum.

O primeiro exemplo que nos ocorre é o *mandado de segurança*, pois, a nosso ver, não se poderia negar ao autor o direito de veicular sua pretensão pelo procedimento comum mesmo que munido de prova documental pré-constituída de direito líquido e certo. Não se pode cogitar de falta de interesse processual nesse caso porque se reconhece legítimo ao autor preferir não correr riscos quanto ao juízo de admissibilidade do *writ*, que depende, em última análise, da formação do convencimento do juiz quanto à suficiência da prova documental pré-constituída.

Por razões muito similares, há que se reconhecer ao autor a possibilidade de optar entre o procedimento comum e o *procedimento monitorio*. Ao autor é legítimo se acautelar quanto ao risco de dúvida acerca da suficiência ou não da prova documental apresentada.

dois Juizados, já há norma expressa quanto à irrenunciabilidade.

⁵¹ ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, com apoio em PONTES DE MIRANDA, prefere a expressão “procedimentos irredutíveis ao ordinário” (Justificação teórica dos procedimentos especiais, cit., p. 33).

Eis um primeiro critério para reconhecer a fungibilidade: a possibilidade de dúvida quanto ao cabimento, quando à qual é válido o autor se cercar de cautela, optando pelo procedimento comum. Nos exemplos de procedimentos infungíveis acima enunciados, o cabimento do procedimento especial acha-se livre de dúvidas.

Entretanto, a fungibilidade não se justificaria apenas nesse critério. Podemos acrescentar exemplos em que, embora não haja maiores dúvidas quanto ao cabimento do procedimento especial, a tutela jurisdicional a ser prestada pelo procedimento comum apresenta grau de efetividade parecido. Seguindo esse critério, destaca-se a ação de prestação de contas, seja aquela movida por quem tem o direito de exigí-las, seja por quem tem a obrigação de prestá-las, a qual pode ser substituída sem maior sacrifício em termos de efetividade por ação de rito ordinário.⁵²

Em resumo, segundo o raciocínio aqui proposto, a dicotomia entre os procedimentos especiais *infungíveis* e *fungíveis* não está ligada intrínseca e necessariamente ao grau de diferenciação deles em relação ao procedimento comum,⁵³ e podem entrar em cena outros critérios, como a existência de dúvida quanto ao cabimento do procedimento especial e à possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional de qualidade igual ou muito similar por meio do procedimento comum.

Com efeito, o mandado de segurança e o procedimento monitório, embora substancialmente diferentes do procedimento comum, podem ser perfeitamente substituídos por ele para tutela do “direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*” (art. 1.º da Lei 12.016/2009) e da pretensão a “soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” (art. 1.102-A do CPC) em razão do primeiro critério proposto (dúvida). A ação de exigir contas também é conotada por um procedimento muito diferente do

⁵² Não logramos encontrar excerto doutrinário ou jurisprudencial que corroborasse essa proposição. Ainda assim, entendemos que ela pode ser adequadamente demonstrada. No primeiro caso, poderíamos cogitar de o autor formular pedido de obrigação de fazer (consistente na exibição de livros, documentos e registros contábeis) cumulado com pedido de cobrança do valor que o autor supõe lhe seja devido pelo réu. Outra alternativa seria desmembrar esses pedidos em uma cautelar de exibição de documentos e em uma ação de cobrança, respectivamente. Ou ainda se cogitaria de o autor pedir o valor que entende que lhe é devido, relegando-se para a fase instrutória a conferência de documentos em poder do réu. Aliás, tais alternativas apresentariam ao menos uma vantagem em relação ao procedimento especial, que seria dispensar a sua primeira fase, que é encerrada por sentença apelável com efeito suspensivo. No segundo caso, o autor pode mover ação consignatória para depositar o saldo devedor das contas que entende corretas ou ação condenatória para cobrar o saldo credor decorrente dessas mesmas contas. Em todas essas alternativas, o julgamento das contas como “boas” ou não se dará em caráter incidental, mas a tutela prestada ao autor é praticamente igual àquela obtida por meio da ação de prestação de contas.

⁵³ Como propôs ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO (*Código de Processo Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 6. ed. rev., atual. e ampl. Barueri: Manole, 2007. p. 306): “a especialidade de um procedimento pode ser tão acentuada de forma a inviabilizar o desenvolvimento do processo pelo rito ordinário (v.g., consignação, anulação e substituição de título, usucapião)”. Aliás, os exemplos dados, a nosso ver, sequer caracterizam procedimentos muito diferentes do procedimento ordinário.

comum (máxime em face da possibilidade de instauração de duas fases, cada qual encerrada por sentença), mas, a despeito disso, essa pretensão pode ser tutelada por meio do procedimento comum como eficiência bastante similar.⁵⁴

Nesse passo, podemos concluir que as pretensões amparáveis por mandado de segurança e procedimento monitório e a pretensão de exigir contas poderiam perfeitamente ser cumuladas com outro(s) pedido(s) não submetido(s) a esses procedimentos especiais, de tal modo que, se isso ocorrer, o art. 292, § 2.º, do CPC aplicar-se-á à risca, adotando-se integralmente o procedimento ordinário.

Essas constatações ainda não são suficientes para resolver todos os problemas decorrentes da cumulação de demandas submetidas a procedimentos diversos, sendo um deles especial. Isso porque nem sempre a solução dada pela letra fria do referido art. 292, § 2.º – aplicação do procedimento comum ordinário *tout court* –, será satisfatória, pois implica o descarte de técnicas presentes no procedimento especial, sem considerar sua eventual compatibilidade com o padrão do Código de Processo Civil.

Quando o procedimento especial se diferencia do comum ordinário pelo *acréscimo de fases ou atos processuais*, no mais das vezes será altamente recomendável que eles sejam preservados, sem que, com isso, se cause qualquer prejuízo para a marcha e a previsibilidade da causa.

Pense-se no exemplo da ação de consignação em pagamento do saldo do preço avençado em compromisso particular de venda e compra de imóvel, cumulada com pedido de adjudicação compulsória. Apenas a primeira demanda se sujeita a procedimento especial, mas a cumulação não acarretará a adoção integral do procedimento comum ordinário, preservando-se as providências relativas ao depósito inicial da coisa devida (CPC, arts. 892 a 894), das quais decorrem importantes desdobramentos no restante do procedimento (CPC, art. 899, *caput*, § 1.º e § 2.º).⁵⁵

Outro exemplo reside na cumulação do pedido de anulação de ato administrativo considerado ímprobo (que se sujeita ao procedimento previsto na Lei 7.437/1985) e do pedido de aplicação

⁵⁴ Nessa linha, não há que se cogitar da aplicação dos arts. 250 e 295, V, ambos do CPC, que autorizam o juiz a proceder à conversão do procedimento. Nas hipóteses tratadas, a escolha feita pelo autor seria considerada legítima, não podendo o juiz suprimi-la pela conversão.

⁵⁵ Na prática, é comum o expediente de rotular a demanda de “ação de consignação em pagamento cumulada com pedido de adjudicação compulsória”, dando-se primazia ao primeiro pedido em relação ao segundo. A primazia existe, dado que a cumulação de pedidos é sucessiva (a análise do segundo depende da procedência do primeiro). A nosso ver, tal expediente simplório visa (consciente ou inconscientemente) contornar o disposto no art. 292, § 2.º, do CPC – para cuja aplicação é irrelevante a modalidade de cumulação de pedidos –, de modo a preservar as peculiaridades da ação de consignação em pagamento.

ao réu das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992.⁵⁶ Nessa situação, não se suprime a fase introdutória prevista no art. 17, §§ 6.º e 9.º, do diploma por último referido, pois isso representaria reduzir as oportunidades de defesa do réu.

A cumulação de demandas também não encontrará maiores obstáculos se a principal característica a diferenciar o procedimento especial aplicável a uma das demandas for a possibilidade de antecipação de tutela. Sem dúvida, essa técnica era a que despertava maior atenção e interesse no tocante a determinados procedimentos especiais,⁵⁷ o que minguou consideravelmente após a reforma operada pela Lei 8.952/1994, em face da generalização dessa técnica para todo o sistema. A regra geral do art. 273 do CPC convive perfeitamente com as normas especiais que preveem requisitos diferenciados para a antecipação de tutela,⁵⁸ como a “força nova” da turbação ou esbulho para a ação possessória (CPC, arts. 926 a 928) ou as hipóteses específicas de direito material previstas para a decretação liminar do despejo do locatário do imóvel urbano (art. 59, § 1.º, da Lei 8.245/1991).

Eis, então, exemplos em que se adotaria o procedimento ordinário *com algum tipo de adaptação*, mas sem o desfigurar, dando-se ao art. 292, § 2.º, do CPC uma dimensão um tanto diversa, em homenagem à efetividade processual.

Em resumo, resta evidente que a aplicação do art. 292, § 2.º, do CPC enseja dificuldades que exigem profunda reflexão. Estas linhas tiveram por objetivo contribuir para essa empreitada, sem a pretensão de esgotá-la, até porque, a nosso ver, o ideal seria proceder a um exaustivo exame casuístico dos diversos procedimentos especiais espalhados em nosso ordenamento processual, tarefa evidentemente trabalhosa e incompatível com os acanhados limites deste trabalho.

6. Síntese conclusiva

A correta compreensão do conceito e da função dos procedimentos especiais representa ferramenta fundamental para bem aplicá-los, visando à sua efetividade, em especial quando

⁵⁶ Conforme pontuamos em outro ensaio – Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *RePro*, v. 34, n. 178, dez. 2009, p. 76-105 –, a ação de improbidade administrativa, tal como disciplinada na Lei 8.429/1992, pode perfeitamente trazer cumulado o pedido de nulidade do ato reputado ímprobo, para o que o Ministério Público detém legitimidade ativa mercê do art. 25, IV, “b”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993).

⁵⁷ Como já se viu, o mais eloquente exemplo é a ação de nunciação de obra nova, que admite o *embargo liminar*, mercê do art. 935 do CPC.

⁵⁸ A título de exemplo, vejam-se dois julgados do TJSP: Agravo de Instrumento 890.733-0/4, 26.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 02.05.2005, e Agravo de Instrumento 990.10.526528-6, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. 13.04.2011.

entram em cena questões complexas como a subsidiariedade do procedimento comum e a possibilidade ou não de cumular demandas submetidas a procedimentos diversos. Essa tarefa exegética mostra-se útil tanto à luz do Código de Processo Civil em vigor como do projeto ora em trâmite no Congresso Nacional.

O exame do conceito e da função dos procedimentos especiais revela também a necessidade de os estudiosos do processo reverem constantemente as normas legais a esse respeito, seja para verificar se determinados procedimentos perderam sua utilidade, seja principalmente para aferir em que medida o modelo previsto no Código de Processo Civil apresenta um “déficit de eficiência” para tutelar determinadas situações particulares do direito material. Se constatada a inutilidade de determinado procedimento especial, a omissão do legislador em extirpá-lo do sistema não traz maiores consequências práticas. O ordenamento acha-se repleto de normas tornadas inúteis pelo decurso do tempo. As consequências insidiosas decorrem da segunda hipótese.

Há duas formas principais de atacar esse quadro: *ope legis* e *ope judicis*.⁵⁹

A primeira alternativa é a mais óbvia, e depende da criação de novos procedimentos especiais, ou, ao menos, da criação de normas particulares que importem alteração do procedimento comum em face de particulares situações de direito material. Trata-se, sabidamente, de providência por demais complicada, dado o tempo necessário para que o Poder Legislativo aprove leis reformadoras do sistema processual, e o risco de as novidades legislativas se restringirem a beneficiar grupos particulares de litigantes, por exemplo, as instituições financeiras. Conforme se viu anteriormente, essa solução não foi acatada pelo projeto de novo Código de Processo Civil, ora em trâmite no Congresso Nacional, o qual propôs a eliminação de um bom número de procedimentos especiais e a reinserção, no corpo do Código, de apenas um, hoje ainda regulado por normas do Código de Processo Civil de 1939 que sobrevivem vigentes.⁶⁰ Ou seja, o Projeto nada cria de novo nesse campo.

A segunda solução está em atribuir ao juiz o poder amplo de alterar o procedimento, de modo a adequá-lo às exigências particulares de cada caso concreto. Essa, sim, foi a alternativa

⁵⁹ FREDIE DIDIER JR. refere-se ao *princípio da adequação dos procedimentos* e ao *princípio da adaptabilidade* Para se referir às alterações realizadas *ope legis* e *ope judicis*. (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo..., cit., p. 169). GAJARDONI (*Flexibilização...*, cit., p. 133 e ss.) propõe critério classificatório ainda mais amplo: divide as formas de flexibilização em “legal genérica” (exemplos no art. 153 do ECA, art. 6.º da Lei 9.099/1995 e art. 1.109 do CPC, entre outros), “legal alternativa” (como nos casos dos arts. 277, §§ 4.º e 5.º, 331, § 3.º, 285-A e 330, todos do CPC, entre outros), “judicial” (aqui acham-se arroladas diversas situações de fungibilidade e propostas no tocante à utilização de procedimento diverso daquele abstratamente previsto e flexibilização de prazos processuais, entre outras situações) e, finalmente, “voluntário” (com situações menos numerosas, tais como, *e.g.*, a flexibilização convencional de prazos).

⁶⁰ Como se viu acima, referimo-nos à ação de dissolução de sociedade, atualmente regulada pelos arts. 655 a 674 do CPC de 1939 e que permanecem em vigor *ex vi* do art. 1.218, VI, do CPC de 1973.

escolhida pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto, ao propor o poder judicial de “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de tal sorte a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (art. 107, V).

Tal alternativa apresenta vantagens e desvantagens. Atribuir ao juiz o poder de adaptar o procedimento torna desnecessária a criação de novos procedimentos especiais (ou até mesmo, em último grau, a manutenção de grande parte daqueles já presentes em nosso ordenamento), mas, por outro lado, essa adaptação procedimental, a nosso ver, pode causar graves atrasos na marcha processual, seja pela necessidade de observância do contraditório (preferencialmente prévio), seja pela falta de habitualidade dos juízes com o exercício de tal poder. Não temos dúvida de que essa proposição teria maiores chances de sucesso se o grau de oralidade do processo civil brasileiro fosse maior, de modo que as adaptações procedimentais pudessem ser objeto de diálogo imediato entre as partes e o juiz. Contudo, a possibilidade legal de o juiz substituir a maior parte dos atos orais por atos escritos e a cultura largamente disseminada de assim proceder relegaria as adaptações procedimentais *ope judicis* para serem submetidas às partes e decididas por decisões “de gabinete”, com inegável atraso na marcha do processo.

Essa novidade proposta pela Comissão de Juristas acabou rejeitada pelo Senado Federal, mas por razões diferentes daquelas aqui expostas. Durante a tramitação do Projeto, diversos senadores propuseram emenda para excluir o dispositivo sob o fundamento de que causaria insegurança e ampliaria o autoritarismo judicial.⁶¹ Malgrado o descabimento de tais críticas – que desconsideram a obrigatoriedade de observância do contraditório prevista na parte final do dispositivo –, elas efetivamente ecoaram naquela Casa Legislativa e acarretaram a substituição do dispositivo por regra mais tímida, que autoriza o juiz apenas a “dilatatar 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” (art. 108, V).

Resta saber se a Câmara dos Deputados manterá a redação aprovada no Senado ou prestigiará a fórmula originalmente proposta no Anteprojeto.

À falta de norma ampla que outorgue ao magistrado o poder de moldar de maneira mais intensa o procedimento às exigências do caso concreto, restar-lhe-á, não sem algum esforço, sustentar casuisticamente alguma flexibilização não prevista, ao menos textualmente, em lei.⁶²

⁶¹ Tal fundamento sobressai em emendas propostas por diversos senadores, alçando esse dispositivo ao seletorol das novidades do Anteprojeto mais combatidas.

⁶² Como exemplo, veja-se que ADROALDO FURTADO FABRÍCIO assim procedeu ao propugnar a dilatação e

Examinar esses interessantíssimos caminhos, a nosso ver, já não mais faz parte do exame da teoria geral dos procedimentos especiais, embora com ela mantenha íntima relação. Afinal, se essas ferramentas de adaptabilidade procedimental se difundirem, a utilidade dos procedimentos especiais decairá sensivelmente. Remotamente, esse cenário poderia evoluir para a eliminação de quase todos os procedimentos especiais, preservando-se, quando muito, aqueles insertos em microssistemas, como o processo coletivo e os Juizados Especiais.

Referência bibliográfica

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 16. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, v. 19, n. 74, p.126-135, abr.-jun. 1994.

_____. A estrutura do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, v. 246, p. 40, abr.-maio-jun. 1974.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 211-224

BARROS, Francisco Carlos da Rocha. *Comentários à lei do inquilinato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Garantia de amplitude da produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2.^a tiragem. São Paulo: RT, 1999. p. 151-189.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009)

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

_____. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e FREDIE DIDIER JR. (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2002. p. 3 a 11.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por*

prazos para bancos responderem a ações de prestação de contas movidas por correntistas, em face da exiguidade dos prazos hoje previstos pelo Código de Processo Civil e à frequente dificuldade de justificar meses, anos ou décadas de lançamentos em uma conta corrente (Flexibilização dos prazos como forma de adaptar os procedimentos. *RePro*, v. 36, n. 197, p. 414-444, jul. 2001).

artigo, parágrafo por parágrafo. 6. ed. rev., atual. e ampl. Barueri: Manole, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 166-178, set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Das ações típicas. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1, p. 324-352.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 8, t. 3.

_____. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar os procedimentos. *Revista de Processo*, v. 36, n. 197, p. 414-444, jul. 2001.

_____. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29-46.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1,

_____. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Luís Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 4.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. 2.^a tir., São Paulo: Malheiros, 1999.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, n° 358, p. 49-58, nov./dez. 2001,

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro. *Ajuris*, v. 12, n° 33, p. 79-85, mar. 1985.

ORIONE NETO, Luiz. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e FREDIE DIDIER JR. (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2002. p.12-36.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 13.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999.

ROCHA, José de Moura. Sobre os procedimentos especiais. *Revista de Processo*, v. 14, n. 53, p. 22-25, jan.-mar. 1989.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (a Medida Provisória 2.088). In: CASSIO SCARPINELLA BUENO e PESRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 140-159.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v.34, nº 178, p.76-105, dez. 2009.

SILVA, José Affonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.