

## DE “PODER DO JUIZ” A “CONVENÇÃO DAS PARTES”: UMA ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ATUAL REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL\*

*Francis Noblat*

Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais, e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior — CAPES, pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense — PPGSD/UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ. Pesquisador em formação do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos — INCT-InEAC. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

*Delton Ricardo Soares Meirelles*

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — PPGD/UERJ. Coordenador de Graduação, Subchefe do Departamento de Direito Processual, e Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense — UFF. Membro permanente do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense — PPGSD/UFF. Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

---

\* O presente artigo é desdobramento de dois resumos, “*O Acordo de Procedimento no Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados: uma análise em retrocesso da Flexibilização Procedimental na reforma do Código de Processo Civil*” apresentado no ‘XX Seminário de Iniciação Científica da Universidade Federal de Ouro Preto’, ocorrido entre os dias 07 e 09 de novembro de 2012; e, “*Entre o arbítrio e a garantia: reflexões sobre a Flexibilização Procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil*”, apresentado no ‘Seminário Garantias Fundamentais do Processo: Um Desafio ao Novo Código de Processo Civil’, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, entre os dias 22 a 25 de outubro de 2012; e parte integrante de monografia de conclusão de curso, “*A reforma do Código de Processo Civil e a Flexibilização Procedimental em uma perspectiva comparada: entre o ideal e a prática*”. Uma versão preliminar do presente texto foi apresentada sob o título de “*O magistrado entre sujeitos e atores: uma análise dos poderes judiciais na atual reforma do Código de Processo Civil*” no IV Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, entre os dias 11 e 13 de novembro de 2013.

**RESUMO.** Propomo-nos analisar o instituto da Flexibilização Procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil, desde sua proposição com o Anteprojeto de Código — enquanto poder do juiz de adequar o procedimento às especificidades do conflito —, até o presente momento, ora sob a denominação de Acordo de Procedimento, com o Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados — como convenção das partes na escolha do procedimento adequado. Busca-se, desta forma, ao se tentar estabelecer um ponto comum entre estes discursos antagônicos, refletir sobre o instituto da Flexibilização Procedimental, e suas perspectivas na jurisdição brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE.** Flexibilização Procedimental. Reforma do Código de Processo Civil. Projeto de Lei do Senado nº. 166, de 2010. Projeto de Lei nº. 8.046, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados. Acordo de Procedimento.

**ABSTRACT.** It is this study intend to analyze the procedural institute of the Proceeding Flexibility on the current reform of the Brazilian Code of Civil Procedure, from its suggestion on the draft version of the new Code — as a power of the judge to manage the proceeding accordingly to its needs —, to the ongoing stage, with the Senate Bill n. 8.046, 2010, at the House of Representatives — as an agreement between the parties on choosing the most suitable proceeding —, thus named Proceeding Agreement. In this regard, this study aims at trying to establish a common ground between those antagonistic discourses, and on reflecting on about the procedural institute of the Proceeding Flexibility and its perspectives on the Brazilian jurisdiction.

**KEYWORDS.** Proceeding Flexibility. reform of the Brazilian Code of Civil Procedure. Senate Bill n. 166, 2010. Senate Bill n. 8.046, 2010, at the House of Representatives. Proceeding Agreement.

---

**SUMÁRIO:** Introdução — I. O instituto da Flexibilização Procedimental — II. O Anteprojeto de Código e a possibilidade de se flexibilizar o procedimento — III. A Flexibilização Procedimental no Projeto de Lei do Senado nº. 166, de 2010 — IV. O Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados, e o Acordo de Procedimento — Conclusão — Referências Bibliográficas.

### **Introdução.**

Desde que sugerida, e iniciada, a atual reforma do Código de Processo Civil, tem-se repensado em grande medida o modo de funcionar e de se administrar justiça civil no Brasil.

Esta ação legislativa, optando por dar fim ao movimento de reformas pontuais ao texto do Código — “sessenta e quatro normas legais alterando-o de alguma forma”<sup>1</sup>, como mesmo enuncia o senador presidente quando da edição do ato que dá azo à reforma —, cujas modificações se deram mais expressivamente a partir da promulgação da Constituição da República de 1988<sup>2</sup> e as reformas do Estado durante os anos 1990, concebe a edição de um novo Código que consolidasse a profusão de alterações realizadas ao texto da legislação processual, dando-lhe coesão e sistematicidade<sup>3</sup>; e

---

<sup>1</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. *Ato n. 379, de 30 de setembro de 2009*, Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CXLVI, n. 189, 02 out. 2009, seção 1, p. 19.

<sup>2</sup> Constam, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, as alterações pelas Leis Ordinárias de n. 8.038, de 25/05/1990; n. 8.079, de 13/09/1990; n. 8.455, de 24/08/1992; n. 8.637, de 31/03/1993; n. 8.710, de 24/09/1993; n. 8.718, de 14/10/1993; n. 8.898, de 29/06/1994; n. 8.950, de 13/12/1994; n. 8.951, de 13/12/1994; n. 8.952, de 13/12/1994; n. 8.953, de 13/12/1994; n. 9.028, de 12/04/1995; n. 9.040, de 09/05/1995; n. 9.079, de 14/07/1995; n. 9.139, de 30/11/1995; n. 9.245, de 26/12/1995; n. 9.280, de 30/05/1996; n. 9.307, de 23/09/1996; n. 9.415, de 23/12/1996; n. 9.462, de 19/06/1997; n. 9.649, de 27/05/1998; n. 9.668, de 23/06/1998; n. 9.756, de 17/12/1998; n. 9.868, de 10/11/1999; n. 10.173, de 09/01/2001; n. 10.352, de 26/12/2001; n. 10.358, de 27/12/2001; n. 10.444, de 07/05/2002; n. 11.112, de 13/05/2005; n. 11.187, de 19/10/2005; n. 11.232, de 22/12/2005; n. 11.276, de 07/02/2006; n. 11.277, de 07/02/2006; n. 11.280, de 16/02/2006; n. 11.341, de 07/08/2006; n. 11.382, de 06/12/2006; n. 11.418, de 19/12/2006; n. 11.419, de 19/12/2006; n. 11.441, de 04/01/2007; n. 11.672, de 08/05/2008; n. 11.694, de 12/06/2008; n. 11.965, de 03/07/2009; n. 11.969, de 06/07/2009; n. 12.008, de 29/07/2009; n. 12.122, de 15/12/2009; n. 12.125, de 16/12/2009; n. 12.195, de 14/01/2010; n. 12.322, de 09/09/2010; n. 12.398, de 28/03/2011; ainda, pelas Medidas Provisórias de n. 1.997-37, de 11/04/2000; e n. 2.180-35, de 24/08/2001; pela Exposição de Motivos ao Despacho do Ministério da Justiça n. 87, de 06/07/2006; e, pela Ação Direita de Inconstitucionalidade 2.652-6 (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, Institui o Código de Processo Civil); correspondendo, neste total, por mais de uma centena de alterações tópicas no corpo do texto do Código de Processo Civil.

<sup>3</sup> “O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de

atualizasse a disciplina processual em nosso país, a partir das contribuições advindas das reflexões teóricas jurídico-processuais e na interpretação jurisprudencial nestas últimas décadas<sup>4</sup>.

Nos últimos cinco anos, desde o ato da Presidência do Senado nº. 379, de 2009, que constituiu comissão de juristas para elaboração de Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, passando pela aprovação do Projeto de Lei do Senado, de nº. 166, de 2010, no ano seguinte; e, pelas revisões promovidas pela Câmara dos Deputados, através do Projeto de Lei do Senado na Câmara dos Deputados, de nº. 8.046, de 2010; até o atual momento, com a votação final pela Casa iniciadora, muito se discutiu acerca de qual modelo de processo jurisdicional e de Judiciário se objetiva criar a partir de agora.

Inserida, portanto, em um contexto em que se buscam soluções para “um sem número de problemas engendrados no Poder Judiciário<sup>5</sup>, decorrentes [...] das sucessivas

---

funcionalidade.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência; 2010[A], p. 12).

<sup>4</sup> “Nessas quase quatro décadas, o país e o mundo passaram por inúmeras transformações, sendo certo se afirmar que praticamente muitos paradigmas inspiradores do CPC de 1973 foram revistos ou superados, em razão de mudanças nos planos normativo, científico, tecnológico e social.” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). Projetos de Lei nºs. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010. **Código de Processo Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 5).

<sup>5</sup> “Perguntando por que, em sua dimensão mais pretensiosa, [as reformas na legislação processual pós-1994] agravaram antes de solucionar, respondi: Porque exacerbaram a litigiosidade e favoreceram o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado [*sic*], a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela ‘viscosidade’ da decantada ‘instrumentalidade’ [*sic*], transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar das expressões de um ilustre advogado paulista — faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: ‘Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada’. Distorção menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita — quais as causas reais dessa crise — jamais foi formulada. Apenas se indagava— o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas — ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’, etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento.” (PASSOS, J. J. Calmon de. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, jan./fev. 2002, pp. 8/9). Cf., neste sentido, NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. *As reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, F. de

reformas realizadas na legislação processual, durante seus quase quarenta anos de vigência”<sup>6</sup>, a atual reforma, em igual medida, procura respostas às — sempre atuais — demandas por efetividade e celeridade<sup>7</sup>, decorrentes de um Judiciário que não atende satisfatoriamente às demandas a ele submetidas.

Neste sentido, com a apresentação do Anteprojeto de novo Código, uma das soluções propostas para uma prestação jurisdicional mais democrática e efetiva<sup>8</sup>, que melhor atendesse às contingências de cada caso em concreto, foi o instituto da Flexibilização Procedimental.

---

Magalhães; MORAIS, J. L. Bolzan (coord.). **Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 16/53.

<sup>6</sup> AUTOR, 2012, p. 12.

<sup>7</sup> “Na atualidade, percebe-se no discurso de boa parcela dos estudiosos do sistema processual uma maior preocupação com as questões de sua eficiência do que com as referentes à legitimidade do mesmo. Apesar de não podermos nos esquecer que ambas as questões são nuances importantíssimas para a temática processual, quando se busca a aplicação do direito a partir de uma perspectiva democrática e constitucional, uma vez que ambas são complementares e interdependentes, não se pode negar que as contingências existentes (v.g. litigiosidade em massa, litigância de interesse público, baixa satisfação popular com o trabalho jurisdicional, morosidade) conduzem a uma maior preocupação com questões utilitaristas e de eficiência.” (NUNES, Dierle. *Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, p. 110).

<sup>8</sup> “[...] Cumpre, portanto, não se pugnar pela efetividade do processo como se ela fosse um ‘fim’ bem determinado e valioso a ser alcançado. Prévia é a questão de definir-se, inclusive, qual é a função social do processo, o seu valor. Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social (péssimo modo de se dizer, pois em verdade o que há é a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente o seu convencimento, que pacificaria), pouco importando a que preço e com quais consequências essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação. Jamais pode ser vista como um *valor*. Essa crítica perdura se associarmos a efetividade do processo à efetividade do que foi decidido pelo magistrado, enquanto agente de poder político. Teríamos, aqui, retrocedido no tempo, revalorizando um decisionismo da pior espécie, reentronizando o déspota que se pretendeu banir. Se o parâmetro for a efetividade da *decisão justa*, teremos que definir, antes, o que seja decisão justa. Sem essa imprescindível determinação prévia, falar-se em decisão justa é pura e simplesmente dizer-se nada sobre nada, com manifesta intenção manipuladora. Se decisão justa é aquela que mantém exata correspondência entre o pretendido e o decidido, o contraditório, inerente ao direito, impossibilita qualquer resposta, pois há pretensões contrapostas e sempre apenas uma delas é tutelada, obtendo o usuário efetivamente o que postulou. Sem esquecer que incidiríamos, assim dizendo, em tautologia ou no círculo vicioso de afirmar que qualquer decisão é justa porque decisão. Se decisão justa é a que guarda perfeita correspondência com a verdade dos fatos e traduz exata aplicação a esses fatos do prescrito pelo ordenamento jurídico, a justiça do decidido é totalmente dependente do procedimento que a precedeu e da qualificação dos operadores que decidiram. Destarte, por mais que se pretenda mascarar, efetividade é algo de todo dependente do que precede a decisão, vale dizer, da cognição e da certificação que a antecederam. Nessas é que cumpre colocar a ênfase. A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica. Caso nosso exacerbado pragmatismo pretenda transpor para o direito a lógica da *avaliação pelo resultado*, no processo, este resultado tem que se submeter ao controle de valiosidade, inferível necessariamente da avaliação de quanto o precedeu no processo de sua produção. [...] Enfim, e para concluir, propugnar trombeteando a efetividade do processo como valiosa por si mesma é usar uma palavra equívoca, carregada de emocionalidade [*sic*] que simplesmente mascara o propósito, consciente ou inconsciente, de se recuperar o exercício antidemocrático do poder político na sua dimensão jurisdicional.” (PASSOS, J. J. Calmon de. *Cidadania e efetividade do processo*. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 35).

Permitindo a adequação do procedimento às especificidades do caso em concreto, na hipótese de o procedimento em lei regulado mostrar-se inadequado à tutela do bem jurídico pleiteado, a Flexibilização Procedimental foi uma das ferramentas pensadas para esta que se pretende a nova fase da processualística nacional. Flexibilização esta que, por sua vez, se daria somente caso o procedimento em lei regulado se mostrasse inadequado, por meio da cooperação entre as partes e com amplo respeito às garantias fundamentais de cada um dos sujeitos do processo.

Com efeito, partindo-se da premissa que a adequada tutela jurisdicional não pode ser negada a pretexto da falta de um modelo legal de procedimento, tem-se que a resposta em muitos casos depende em grande parte da flexibilização dos prazos, do retorno a fases processuais já superadas (com o afastamento do rígido regime de preclusão a que estamos sujeitos), da combinação de diferentes atos processuais não previstos no esquema procedimental padrão, da superação de óbices de natureza puramente formal e da adoção mais generosa da fungibilidade instrumental no sistema<sup>9</sup>.

Na tentativa de construção de um processo que atendesse às especificidades de cada litígio em particular, e em consonância com a proposta do Anteprojeto de Código de promover um Processo Civil “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição”<sup>10</sup>, o instituto mostrava-se como uma das alternativas em prol de uma prestação jurisdicional mais democrática e efetiva.

Contudo, em razão de como fora disciplinado no Anteprojeto — a Flexibilização Procedimental como “poder do juiz” —, durante o trâmite do Projeto no Senado, o instituto foi suprimido do Código após seus dispositivos serem drasticamente alterados — reduzindo-se o antes poder de adaptar o procedimento, às simples possibilidades de “aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”<sup>11</sup>.

Inobstante, uma fez findas as discussões no Senado, com a tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados — e, com isso, após um novo momento de deliberações — a Flexibilização retorna ao texto do Projeto de Código, com nova disciplina — não mais

---

<sup>9</sup> 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**. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona), pp. 2/3.

<sup>10</sup> BRASIL. *Op. cit.*, 2010[A], p. 29.

<sup>11</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. **Parecer nº. , de 2010**. Brasília: Senado Federal; 2010[B], p. 199.

como “poder do juiz”, e sim, como convenção das partes e, portanto —, sob a denominação de Acordo de Procedimento.

Passada a iniciativa da sugestão de adequação do procedimento às partes, a construção do dispositivo ao longo do processo legislativo — desde seus momentos iniciais com a instituição da Comissão de Juristas responsável pela edição do Anteprojeto, quando proposto como “poder do juiz”; até o presente momento no qual se aguarda a votação do Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados, como convenção das partes — pode dizer muito sobre os desafios que ainda se deverão enfrentar com a atual reforma do Código de Processo Civil, para que se referende as reais mudanças que se pretendem.

É de se questionar, deste modo, como as diferentes interpretações da divisão do trabalho dentro do processo judicial ganham nuances nesta atual fase do processo civil brasileiro.

No que se segue, exporemos brevemente o instituto da Flexibilização Procedimental, com seus pressupostos e condicionantes, e as alterações pelas quais passou durante o atual processo legislativo destinado a reformar o vigente Código de Processo Civil, aliadas à reflexão de como se construíram os poderes do magistrado no vindouro sistema normativo.

Esta análise, a partir dos documentos oficiais — propostas legislativas, atas de audiências públicas e reuniões de comissões, debates parlamentares, etc. —, dar-se-á desde sua sugestão, no Anteprojeto, até a aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados, ponderando-se as razões que permeiam o instituto e as nuances em suas alterações — os quais seguem as modificações nos poderes atribuídos ao magistrado —, em cada um destes estágios. Busca-se, desta forma, ao se tentar estabelecer um ponto comum entre estes discursos antagônicos, refletir-se sobre ambos o instituto da Flexibilização Procedimental e a constituição da figura do magistrado, bem como suas perspectivas na jurisdição brasileira.

### **I. Novas compreensões sobre os poderes judiciais e a construção do processo: o processo flexível e o juiz condutor.**

Proposta na atual reforma do Código de Processo Civil como instituto processual, a Flexibilização Procedimental, enquanto conceito, poderia ser entendida,[t]omando o procedimento como a sequência dos atos praticados no processo,

a combinação lógica e cronológica entre eles e sua relação, bem como a disciplina para concretização dos institutos previstos nas normas processuais, [...] tornar maleáveis as normas que regem esse último, ou seja, suavizar a rigidez da sequência dos atos, sua relação e os institutos previstos nas normas processuais segundo as exigências do direito material.<sup>12</sup>

O instituto da Flexibilização Procedimental possibilitaria, portanto, na hipótese de o procedimento em lei regulado se mostrasse inadequado à tutela do bem jurídico pleiteado, a adequação do procedimento às especificidades do caso em concreto; isto, “[...] para que o meio, o processo, não seja um obstáculo à consecução da finalidade do processo, que é a justa apreciação do mérito da causa, com o pleno respeito às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.”<sup>13</sup>

Decorrente da constatação da [...] impossibilidade da construção de procedimentos tomando-se por base tão somente a busca de seus resultados pragmáticos, mas, ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais em perspectiva dinâmica e que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal. [...] Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.<sup>14</sup>

E isto, de modo a evitar-se “conduzir a uma discussão e à produção de provas em instrução inócua, lastreada sobre aspectos absolutamente inúteis e mantendo na sombra fatos relevantes. Tudo em razão da inadequada preparação da causa.”<sup>15</sup>

Com a Flexibilização, por meio da cooperação entre as partes, por meio do contraditório participativo e com amplo respeito às garantias fundamentais de cada um dos sujeitos do processo, quando “inexistindo procedimento ideal para a tutela de dada

---

<sup>12</sup> TAVARES, Luis Marcelo Cabral. *Perspectivas da Flexibilização Procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 4, v. VII, pp. 136/157, jan./jun., 2011, p. 137.

<sup>13</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. I, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 423.

<sup>14</sup> NUNES; BARROS, *Op. cit.*, p. 20.

<sup>15</sup> NUNES, *Op. cit.*, p. 129.

situação, compete ao juiz [...] adequar o procedimento às peculiaridades da causa, criando ou mesclando ritos.”<sup>16</sup>.

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 a variação ritual, a bem da igualdade material ou do consenso.<sup>17</sup>

Aplicada, portanto, apenas subsidiariamente ao trâmite processual, nos casos excepcionais em que o procedimento regulado em lei for um óbice à tutela do bem jurídico pleiteado, de modo que, “[n]ão havendo nuança a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir o rito fixado em lei, mantendo assim, a previsibilidade e a segurança que se espera do procedimento processual.”<sup>18</sup>

Assim, sendo certo que sua aplicação se daria apenas em caráter excepcional, seriam imprescindíveis à implementação da Flexibilização Procedimental no caso concreto as exigências de *finalidade*, de *contraditório útil*, e, de *motivação* — decorrendo que, caso ausente qualquer um destes três condicionantes, inaplicável a flexibilização do procedimento.

Em outras palavras, ínsitos à adequação do procedimento são as

[...] necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes na decisão flexibilizadora (contraditório), e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo (motivação).<sup>19</sup>

No que tange à *finalidade*, “toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, possível a variação ritual.”<sup>20</sup>. Em semelhante modo, autorizada estaria a variação ritual caso no trâmite do processo for

---

<sup>16</sup> 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**. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona), p. 105.

<sup>17</sup> *Idem, Ibid.*, p. 105.

<sup>18</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: razoabilidade ou excesso de poder do juiz?* In: ROSSI, Fernando [et al.] (coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 693.

<sup>19</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2008, p. 88.

<sup>20</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2011, p. 693.

constatada “imposição legal havida por mero culto à forma”<sup>21</sup>, ou, em se tratando da condição da parte, necessária “composição de uma igualdade processual e material consoante valores constitucionais”<sup>22</sup>.

Quanto à exigência do *contraditório útil*<sup>23</sup>, fora reconhecer-se como exigência fundamental da relação processual, no caso da Flexibilização Procedimental o exercício desta garantia ganha contornos imperativos.

Encarando-se o, contudo, contraditório não apenas como possibilidade de manifestar-se no processo, que “se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir na decisão judicial”<sup>24</sup>, mas sim, como decorrente da “participação das partes à própria formação dos procedimentos e provimentos judiciais, seja através de manifestação prévia, seja pela ampla possibilidade de recorrer das decisões que alteram o procedimento.”<sup>25</sup>

[...] não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isto só será possível se o julgador propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação do desta decisão é o

---

<sup>21</sup> *Idem, Ibid.*, p. 693.

<sup>22</sup> *Idem, Ibid.*, p. 693.

<sup>23</sup> “[...] Faz-se mister verificar que o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela. A divisão de papéis e funções a serem desenvolvidas dentro do processo [...] merece ser desenvolvida dentro de uma visão constitucional que garanta ao mesmo tempo o desenvolvimento do processo em tempo razoável e um debate processual que gere a formação do provimento seguindo os ditames do devido processo legal [...] No entanto, torna-se imperiosa a aplicação da chamada participação entre juiz e partes (e seus advogados), [...] e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição de recursos. [...] [O] princípio do contraditório que garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participante do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura. Dentro deste enfoque [...] o contraditório não pode mais ser analisado como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência [...] sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação com garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, vol. 168, fev. 2009, pp. 108/109).

<sup>24</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2011, p. 694.

<sup>25</sup> *Idem, Ibid.*, p. 694.

bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades. Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida de que escape do padrão legal, indispensável a realização de contraditório, preferencialmente preventivo, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual, garantindo-se sempre aos litigantes o pleno exercício do feixe de garantias advindas do devido processo constitucional [...].<sup>26</sup>

Por fim, a exigência de *motivação*, tanto quanto à exigência do contraditório útil, é inerente ao exercício jurisdicional, mormente no que tange à adequação do procedimento — “condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional [...] da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial.”<sup>27</sup>

A necessidade de motivação das decisões judiciais assume caráter de garantia contra o possível poder arbitrário, tornando-se verdadeiro instrumento de limitação ao poder judicial. [...] A motivação das decisões permite verificar, *in concreto*, se o juiz atuou com imparcialidade, permite a aferição sobre a legalidade da decisão e, ainda, permite verificar se houve respeito a todos os princípios decorrentes do devido processo legal.<sup>28</sup>

Assim, de presença de todos os pressupostos e condicionantes à sua aplicação — isto é, havendo finalidade à adequação do procedimento, respeitando-se o contraditório útil e motivada a decisão que lhe determinar — bem como, delimitada sua incidência, “a flexibilização das regras procedimentais não se incompatibilizaria 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.”<sup>29</sup>

Devido a seu potencial efetivador e legimitador do exercício jurisdicional, optou-se por adotar expressamente a Flexibilização Procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. Apresentadas, então, as diretrizes para a edição do novo

---

<sup>26</sup> *Idem, Ibid.*, p. 694.

<sup>27</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2008, p. 94.

<sup>28</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. *Motivação das decisões judiciais (Princípio da-)*. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Ricardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 843.

<sup>29</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2008, p. 105.

Código, dentre outras inovações adotadas, é introduzida a possibilidade de adequação judicial do procedimento.<sup>30</sup>

Inobstante, apesar de cientes dos pressupostos e condicionantes à incidência da adequação do procedimento<sup>31</sup>, com a adoção expressa da flexibilização judicial do procedimento na reforma do Código, “[o] caso seria, então, de se aplaudir a comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto, se não fosse o fato de a redação original do dispositivo não ser adequada.”<sup>32</sup>

<sup>30</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2010[A], p. 30.

<sup>31</sup> Interessante notar que, nos momentos de deliberação inicial dos dispositivos do Anteprojeto, no que tange à Flexibilização, se havia concluído pela condicionalização da adequação do procedimento à estrita necessidade — inexorável condição, como mesmo identifica a doutrina, do exercício da flexibilização. Este condicionante, contudo, não chegou à redação final do Anteprojeto — apesar de deduzido da interpretação em conjunto dos demais dispositivos do então Código. Lia-se os membros da Comissão discutir: “SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Seria melhor agora o processo de conhecimento. Vamos para o processo de conhecimento. Processo de conhecimento. Então, Professor Jansen, Professor Cerezzo e Marcus Vinicius. Então ficariam com os senhores, na ordem que escolherem aí, as ideias das inovações do processo—.’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:22:53]: ‘Posso começar?’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Pode.’ [...] ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:23:09]: ‘Eu não quis anteceder nada, quero deixar bem claro. Nós, na nossa subcomissão, nos dividimos em vários capítulos dentro do Código atual sem vinculação. Na parte inicial do juiz, o que é a nossa proposta? É simplesmente tirar, por exemplo, aqueles poderes de juiz de polícia lá das audiências e colocar tudo num texto só, só do juiz. Enxugar a outra parte lá. Audiência tem poder de polícia, está tudo aqui. Tudo lá no juiz, poderes e deveres do juiz.’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Poderes do juiz.’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:23:51]: ‘Tudo que é do juiz é lá. Menos os atos que são aqueles atos... E nomenclatura. Adequar defensores, Ministério Público... Isso aqui saiu. O texto está aqui, mas não importa agora’ [...] SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘A ideia, qual é a ideia?’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:05]: ‘A ideia é essa.’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘A ideia é fundir num só dispositivo todos os poderes do juiz?’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:11]: ‘Isso mesmo.’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Poderes instrutórios, poderes de polícia da audiência, sem prejuízo daqueles poderes do 125.’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:18]: ‘Isso. Sempre lembrando que isso está indo na parte geral.’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:23]: ‘Não, poderes e deveres... Tá, vai para a parte geral.’ [...] ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:36]: ‘Só uma coisa. Para agregar, para facilitar, eu também propus no item 3 aqui uma ampliação de poderes do juiz também. Não sei se juntaria ou não...’ SRA. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: ‘Sim.’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Tem algum poder que não está previsto dos que já estão numerados?’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:24:52]: ‘Tem, quase todos eles. Eu botei alguns poderes, alguns... Por exemplo, adequar às fases e atos processuais as especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e ampla defesa. Seria como uma possibilidade de variação de procedimento. Eu acho isso importante hoje para não ficar apegado à forma.’ [...] ‘SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Ampliar os poderes do juiz?’ ORADOR NÃO IDENTIFICADO [02:25:28]: ‘*Ampliação dos poderes do juiz, primeiro para adequar à fase e atos processuais as especificações do conflito, se necessário, respeitando os contraditórios e ampla defesa; para permitir alteração do pedido na causa do pedido em determinadas hipóteses, assegurando sempre ampla defesa. Os processos chegam no final todo pronto, mas tem um detalhe da causa de pedido que faltou, você vai extinguir o processo mesmo no pedido... Possibilitar que o juiz faça essa adequação também.*’ SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: ‘Eu tenho uma relação disso aí. Está bem? Bom, então aqui... Então está certo. Vamos ampliar os poderes do juiz dentro disso que nós falamos.’” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas, responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, instituída pelo ato nº 379, de 2009, realizada no dia 30 de novembro de 2009, às 13 horas e 33 minutos.** Brasília: Senado Federal, Presidência; 2009[B], pp. 60/64, grifos nossos).

<sup>32</sup> GAJARDONI, *Op. cit.*, 2011, p. 696.

## II. O Anteprojeto de Código e a possibilidade de se flexibilizar o procedimento.

Sugerido no Anteprojeto, o instituto da Flexibilização Procedimental se mostrava, no contexto daquilo que se propunha com a reforma, e para o Processo Civil brasileiro, como uma solução plausível — e, de certo modo condizente — a problemas endêmicos de nosso Judiciário, em resposta a clamores por celeridade e efetividade.

Dentro das diretrizes estabelecidas para guiar a reforma, e “[c]om o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado”<sup>33</sup>, com a Flexibilização, ao criar a possibilidade de se “adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.”<sup>34</sup>, buscava-se adequar a prestação jurisdicional às especificidades de cada caso em concreto — e, portanto, torná-la mais democrática e efetiva.

Disposta no artigo 107, V, do Anteprojeto, lia-se,

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;<sup>35</sup>

A disciplina da Flexibilização no Anteprojeto, por sua vez, não se esgotava apenas no inciso V, do artigo 107. Dispondo sobre os ‘Atos e Termos Processuais’, o parágrafo primeiro, do artigo 151, do Anteprojeto, complementava a disposição do instituto. Naquele dispositivo, podia-se ler,

Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste. [...].<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2010[A], p. 29.

<sup>34</sup> *Idem, Ibid.*, p. 30.

<sup>35</sup> *Idem, Ibid.*, p. 72.

<sup>36</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2010[A], p. 83.

Integrando sua disciplina, ainda, a matriz principiológica do Anteprojeto, disposta em sua recém-criada Parte Geral<sup>37</sup> — a exemplo de seus artigos 5º, sobre a participação e a cooperação das partes na construção dos provimentos judiciais<sup>38</sup>; e 10, sobre a proibição de pronunciamentos judiciais sem a prévia manifestação das partes<sup>39</sup> —, a Flexibilização destinava-se à adequação da prestação jurisdicional às contingências específicas de cada caso individualmente considerado.

Assim, apesar de não se haver contemplado condicionantes à sua aplicação no artigo que lhe dava azo — como, por exemplo, as hipóteses cabíveis para sua aplicação, os sujeitos que lhe poderiam requerer, possibilidade de recurso da decisão que determinasse a flexibilização do procedimento —, lida em conjunto com as demais disposições do Anteprojeto, especialmente no que tange à sua matriz principiológica. Ainda assim, a Flexibilização Procedimental expressava a possibilidade de se imprimir um potencial democratizante e legitimador ao exercício jurisdicional.

Contudo, sua redação, como disposta no Anteprojeto — isto é, a Flexibilização como “poder do juiz”, mesmo a despeito de se ter enfatizado a necessidade de contraditório e da ampla defesa<sup>40</sup> — gerou, especialmente entre aqueles que advogam por uma minimização dos poderes do magistrado, contra o ativismo judicial e em prol das garantias das partes<sup>41</sup>, extremo receio.

Se, por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isto, os procedimentos passarão a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) — inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos (linha, aliás, seguida pelo NCPC) — por outro se encontrou forte crítica (e

---

<sup>37</sup> Mesmo porque, neste sentido, a sistematicidade era um dos objetivos precípuos da reforma. Como podemos ler na exposição de motivos, “O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.” (*Idem, Ibid.*, p. 12).

<sup>38</sup> “Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.” (*Idem, Ibid.*, p. 49).

<sup>39</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.” (*Idem, Ibid.*, p. 50).

<sup>40</sup> *Cf.* n. 35.

<sup>41</sup> Como se pudesse apenas haver uma opção possível, se advogar em prol das garantias fundamentais do processo; ponderar qualquer outra posição, seria advogar em favor do ativismo — em sentido próximo da dicotomia reducionista, nem sempre didática, publicistas *versus* privatistas.

resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, perca-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta no país, do modelo da rigidez formal.<sup>42</sup>

Com isto, ao se apresentar o Anteprojeto ao Senado, e durante sua tramitação, já como Projeto de Lei, as deliberações — não sem justificativa — suprimiram a Flexibilização, extenuando suas possibilidades e limitando sua aplicação.

### **III. A Flexibilização Procedimental no Projeto de Lei do Senado nº. 166, de 2010.**

Apresentado o Anteprojeto ao Senado, e, convertido este no Projeto de Lei nº. 166, de 2010, seu conteúdo vem a passar por um novo momento de deliberações. Havendo-se realizado um segundo turno de Audiências Públicas<sup>43</sup>, e reaberto um espaço público para discussões sobre o novo Código, a Flexibilização Procedimental, ao ser posta ao escrutínio do campo jurídico — como já parcialmente antecipado — tem sua disciplina drasticamente alterada.

Criticado incessantemente durante este intermédio entre a apresentação do Anteprojeto e as deliberações do Projeto de Lei do Senado nº. 166, de 2010, especialmente em razão de como fora disciplinado originalmente — críticas estas, que terminam por eclipsar seu potencial democrático e efetivador.

As questões que se punham — e, reconhece-se, não sem justificativa —, eram no sentido de indagar se

[...] a flexibilização estaria sempre condicionada à inadequação do procedimento, às peculiaridades da causa? Ou as partes, o Ministério Público e outros terceiros interessados poderiam requerer ao juiz as mudanças que julgassem convenientes? A

---

<sup>42</sup> TAVARES, Luis Marcelo Cabral, *Op. cit.*, p. 689.

<sup>43</sup> “O *Plano de Trabalho* [da Comissão Temporária de Senadores responsável pela elaboração do relatório ao Projeto de Lei do Senado de n. 166, de 2010, Código de Processo Civil] previu visitas a autoridades em Brasília; remessa de diversos ofícios para outras autoridades de todos os Estados brasileiros, disponibilizando canal para a recepção de sugestões; realização de 10 audiências públicas, tudo com um único objetivo: colher subsídios para aperfeiçoar o texto produzido pela Comissão de Juristas. Tais atos foram previstos porque, na primeira fase, embora a Comissão de Juristas também tenha realizado outras dez audiências públicas e feito uma ampla consulta popular, seus membros tinham apenas diretrizes, idéias, mas não um texto para consulta de todos, já que o projeto estava em construção. Assim, depois da entrega do texto inicial e da apresentação do Projeto pelo Senador José Sarney, era preciso fazer nova rodada de audiências e de consultas, de modo a colher subsídios para suprir omissões, corrigir ocasionais deficiências e excluir eventuais equívocos, bem assim para, definitivamente, dar respaldo popular e legitimidade ao novo Código.” (BRASIL, *Op. cit.*, 2010[B], p. 10).

adequação judicial do procedimento não diminuiria a previsibilidade do itinerário processual, não aumentaria a incerteza e a insegurança?<sup>44</sup>

O novel instituto não atentaria contra a garantia do devido processo legal? As formalidades no direito em geral e no processo em particular não foram pensadas justamente como garantias de liberdade frente ao arbítrio? As garantias do contraditório e da ampla defesa, formalmente incluídas no projeto, seriam suficientes para frear as arbitrariedades? Pensando bem, se o texto original viesse a ser votado, aprovado, sancionado, promulgado e publicado, finalmente se estaria legalizada a realidade de que cada juiz tem seu Código de Processo Pessoal, porque mesmo depois do advento do sistema da unidade processual com a Constituição de 1934, ainda hoje cada juiz conduz o processo como bem entende [...] não se estaria colocando uma exceção como regra?<sup>45 46</sup>.

Em igual medida — mas, em superior intensidade —, com as deliberações do Projeto de Código no Senado vem à tona a questão do ativismo judicial.

Sintetizando as críticas neste sentido, diz Nunes:

Outra falácia recorrente é a da credulidade romântica no ativismo judicial, que permitiria flexibilizações procedimentais solitárias pelo juiz no caso concreto em face das peculiaridades de aplicação.<sup>47</sup> Tal crença na sensibilidade do juiz para fazer essas

---

<sup>44</sup> “[P]artindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade de ações futuras e suas conseqüências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente das regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita. [...] Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham. [...] Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regido e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.” (GAJARDONI, *Op. cit.*, 2008, p. 85).

<sup>45</sup> RODRIGUES, Walter dos Santos. *Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 139/158, p. 145.

<sup>46</sup> “Este receio, contudo — não temos dúvida alguma em afirmar — se deveu a três fatores. Primeiro, ao *absoluto desconhecimento* dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) [...] e dos condicionamentos para sua aplicação [...]. Segundo, à *má compreensão do espírito do NCPC*, no sentido de extinguir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E terceiro, à *precária redação dos dispositivos* que trataram do tema no texto do Anteprojeto (NCPC/Comissão), os quais autorizavam a flexibilização através de cláusulas *extremamente* abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes [...]; e que não acalentavam o espírito daqueles que — com certa razão frente ao texto projeto — se rebelaram contra a inovação proposta.” (GAJARDONI, *Op. cit.*, 2011, p. 695, grifos no original).

<sup>47</sup> “Entretanto, registre-se, o aumento dos poderes do juiz [nas hipóteses em que lhe é conferida a possibilidade de flexibilizar o procedimento] [...] não importa, por si só, aumento dos poderes instrutórios

adequações procedimentais solitárias, parte do dogma de protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para “sopesar” no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inviável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão!<sup>48 49</sup>

Findas as discussões e emendas ao então Projeto de Lei do Senado de nº. 166, de 2010, coube ao Senador Valter Pereira consignar em relatório, as principais alterações àquele Anteprojeto original — o então já Projeto do Código de Processo Civil.

No que tange à Flexibilização Procedimental, sintetizando a opinião pública majoritária<sup>50</sup>, enuncia o Senador relator,

---

do juiz, já que as duas perspectivas são diversas e uma pode caminhar separada da outra: [...] [na flexibilização procedimental] é necessário reforçar e aumentar os poderes do juiz na condução e gerenciamento processual, sem necessariamente ampliar os poderes do juiz para determinar, de ofício, a produção de prova. Deve-se, pois, levar em conta a nítida diferença entre as duas situações: num caso, diante do ambiente gerencial do processo, aumentam-se os poderes de direção formal do juiz; e em outro, tem-se panorama diverso, atinente à ampliação dos poderes do juiz para determinar, de ofício, provas. A distinção deve ser marcada porque, [...] é muito comum a confusão entre as duas distintas situações que às vezes são misturadas sob o título comum de ‘ativismo judicial’. Portanto, o aumento de poderes de direção e gerenciamento processual do juiz tem por objetivo a economia e a melhoria da gestão do processo e não joga com eventual ampliação de seus processos instrutórios, que se baseia em concepção diversa àquela dos esclarecimentos dos fatos para delineamento da verdade real, com participação mais ativa do juiz na instrução processual. Certo, entretanto, que o aumento dos poderes de gerenciamento do juiz dentro do processo busca melhorar a qualidade do produto judicial sem perder de vista sua inserção no ambiente constitucional maior do justo processo, pois não podem ser sacrificadas as demais garantias processuais, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade e neutralidade do juiz no atar da celeridade processual.” (ANDRADE, *Op. cit.*, 2011, pp. 179/180).

<sup>48</sup> Interessante notar, contudo, que, momentos depois, quando promovendo a promoção de tutelas diferenciadas para a satisfação de diferentes tipos de litigiosidade, o autor irá argumentar, invariavelmente, pela opção da flexibilização quando em se tratando da litigiosidade individual clássica. Irá dizer: ‘No que tange à litigiosidade individual, a melhor solução não parece ser a criação de uma diversidade de procedimentos, mas o delineamento técnico de um procedimento cognitivo que possa se adaptar em seu curso ao nível de complexidade substancial da causa.’ (NUNES, 2010, p. 125). Igualmente, a despeito de sua crítica, irá assentar as premissas mesmas da aplicação da flexibilização ao comentar sobre o Processo Civil inglês: ‘[...] Tal escolha [do procedimento da fase cognitiva] não é realizada solitariamente pelo juiz, mas por este, em discussão com as partes, partindo de alguns critérios legais e do princípio da proporcionalidade.’ (NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 126), ou, ainda, ‘[...] No entanto, a elasticidade procedimental não depende somente do valor da causa, mas também da verificação pelo juiz, em colaboração com as partes, da natureza do provimento requerido, da complexidade das questões fático-jurídico-probatórias, do número de partes, do número de provas orais, do valor de eventual demanda reconhecional e da importância da demanda para as pessoas envolvidas, entre outros aspectos [...]’.” (*Idem, Ibid.*, pp. 126/127).

<sup>49</sup> *Idem, Ibid.* p. 123.

<sup>50</sup> Indispensável, neste contexto, a crítica do professo Humberto Theodoro Júnior: “Para se pensar numa ampla e verdadeira reforma de nosso processo civil urge, antes de tudo, mudar essa ótica deformadora do verdadeiro papel do processo civil. Urge, antes de tudo, mudar essa ótica deformadora do verdadeiro

[A] previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu “Código”, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.<sup>51</sup>

A Flexibilização, deste modo, ora como artigo 118 do então Projeto de Código, passa a constar da seguinte redação:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;<sup>52</sup>

Em semelhante modo, o art. 163 do Projeto de Lei nº. 166, de 2010 — em substituição ao art. 151, do Anteprojeto —, teve seu parágrafo primeiro original suprimido, de modo que já não mais se lia em seu dispositivo regra expressa sobre a possibilidade de ajuste do procedimento<sup>53</sup>.

---

papel reservado à prestação jurisdicional. É preciso, urgentemente, substituí-la pela objetiva e singela busca da justa e adequada realização do direito material na solução do conflito deduzido em juízo. [...] Não é pela teoria científica que complica e tumultua o procedimento judicial, mas sim pelo espírito objetivo capaz de hierarquizar os valores constitucionais e processuais segundo escala de priorização dos resultados práticos delineados pela lei e, acima de tudo, pelos direitos e garantias fundamentais, que se pode imaginar a implantação bem sucedida do processo justo. O teorismo obstaculiza ou dificulta o acesso à justiça, enquanto o proceduralismo desprezioso, prático e objetivo, o facilita e viabiliza. [...] O excesso de técnicas, na verdade, favorece muito mais a uma concepção pragmática do processo (isto é, aquela que não dispensa grande relevância ao seu resultado prático). No entanto, o enfoque objetivo centrado, sobretudo, nos efeitos concretos da tutela propiciada pelo processo aos direitos materiais ameaçados ou lesados, é o que, de forma programática, realmente se empenha, longe do teorismo estéril, na persecução dos fins sociais do processo justo. [...] É, destarte, uma regulamentação nova compromissada com a instrumentalidade adequada à realização plena e efetiva do direito material em jogo no litígio, singela, clara, transparente e segura quanto ao procedimento, o que se pode esperar de um novo Código. Que seja superior às vaidades do tecnicismo e que seja concebido com firmeza, objetividade e coerência com o programa moderno do processo justo. Que, enfim, os órgãos encarregados da prestação jurisdicional se preparem, convenientemente, para pô-lo em prática, com fidelidade à letra, ao espírito e aos propósitos da reforma.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, 2010, Ano VII, nº. 37, jul./ago. 2010, pp. 96/97).

<sup>51</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2010[B], pp. 198/199.

<sup>52</sup> *Idem, Ibid.*, p. 278.

<sup>53</sup> “Art. 163. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 1º Os tribunais, no âmbito de sua competência, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade,

Em razão de sua redação, a Flexibilização, como “poder do juiz”, fora suprimida durante a tramitação do Projeto de Código de Código no Senado<sup>54</sup>. Associada ao aumento excessivo dos poderes do magistrado, na condução do processo — e, portanto, reminiscência do ativismo judicial<sup>55</sup> —, reduziu-se a possibilidade de “flexibilizar” o procedimento apenas à inversão do ônus probatório, e à dilação de prazos processuais. Concluído, a seu turno, este primeiro momento do processo legislativo, o Projeto de Lei do Senado de nº. 166, de 2010, é remetido à Câmara dos Deputados para novo turno de deliberações, emendas e alterações.

Por sua vez — e, talvez, não sem surpresa —, durante sua tramitação na Câmara, o instituto da Flexibilização retorna ao então Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, sob outra denominação e disciplina, ora sob a denominação de *Acordo de Procedimento*.

---

integridade, validade jurídica e interoperabilidade observada a hierarquia de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei. § 2º Os processos podem ser total ou parcialmente eletrônicos, de forma a permitir que todos os atos e os termos do processo sejam produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. § 3º Os tribunais disponibilizarão as informações eletrônicas constantes do seu sistema de automação, em primeiro e segundo grau de jurisdição, em página própria na rede mundial de computadores, cumprindo aos interessados obter a tecnologia necessária para acessar os dados constantes do mesmo sistema. § 4º O procedimento eletrônico deve ter sua sistemática unificada em todos os tribunais, cumprindo ao Conselho Nacional de Justiça a edição de ato que incorpore e regule os avanços tecnológicos que forem se verificando.” (*Idem, Ibid.*, pp. 292/293).

<sup>54</sup> “Embora se compreenda a intenção do Senador Valter Pereira em buscar consenso político em torno do projeto do NCPC — evitando manter no texto as propostas mais polêmicas da comissão de juristas — não se pode aquiescer com a mitigação da regra da flexibilização procedimental no NCPC/Senado. [...] A flexibilização procedimental poderia ser mantida em toda sua plenitude no NCPC, desde que a redação do dispositivo que a contemplasse contivesse melhores regras sobre seu uso (correção esta, *maxima venia*, que poderia perfeitamente ter sido implementada pelo substitutivo do Senado). Primeiro, a regra tem que estabelecer as condicionantes da flexibilização (medida de exceção, finalidade, contraditório e motivação), até para que haja limites ao arbítrio judicial no campo do procedimento. E segundo, a decisão judicial que ordena a flexibilização tem de que ser recorrível — acrescentando-se, portanto, mais uma hipótese de agravo de instrumento no rol de interlocutórias recorríveis [...] — até para que sejam observadas as condicionantes do item anterior. [...] Diante destas premissas, *de lege ferenda*, propõe-se, então, a seguinte redação ao dispositivo contemplador da flexibilização procedimental no Brasil, dando-se por prejudicado o disposto no art. 118, V, do NCPC/Senado: *Art. 118-A NCPC. Em caráter excepcional e mediante motivação idônea, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades objetivas e subjetivas da causa, deve o juiz, preservado o contraditório, determinar a prática de adaptações mediante prévia orientação das partes e interessados. Parágrafo único. Da decisão proferida com base neste artigo caberá agravo de instrumento.*” (GAJARDONI, *Op. cit.*, 2011, p. 696, grifos nossos).

<sup>55</sup> “Por óbvio, a prática de abusos não deve ser, em absoluto, tolerada e é aqui que reside o temor. O ativismo em si já é uma realidade que, apesar das críticas, possui virtudes. Não se pode atacar a consequência pela causa. Se o abuso judicial existe, ele existirá com ou sem ativismo e se esse último for desdobramento do primeiro, já não se estará tratando mais de ativismo e sim de desvio” (TAVARES, *Op. cit.*, 2011, p. 152).

#### **IV. O Acordo de Procedimento no Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados, e o Acordo de Procedimento.**

Uma vez na Câmara, e distribuído como Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, do Senado Federal, na Câmara dos Deputados, neste segundo momento do processo legislativo o Projeto de Código segue, e é submetido, a um novo turno de debates, deliberações, emendas e adequações. Com isso, realizam-se novas Audiências Públicas<sup>56</sup>, conduzidas pela Comissão Especial, sob a responsabilidade do então Relator, Deputado Sergio Barradas.

Das alterações realizadas, aquela à disciplina da Flexibilização Procedimental pode ser tida como uma das mais substanciais: reintroduzida sob a denominação de *Acordo de Procedimento* no Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, têm-se a possibilidade de variação do procedimento a partir de — como o próprio nome antecipa — um acordo entre as partes que, em convenção, podem dispor de ritos e atos procedimentais, em razão das especificidades que entendam relevantes.

Nas palavras do Deputado Relator,

Trata-se de introduzir no sistema brasileiro uma modalidade de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam. *Trata-se de importante acréscimo que vai ao encontro de ideia presente em várias passagens do projeto: ampliar a participação das partes no processo, favorecendo o desenvolvimento da noção de cidadania processual.* Se solução consensual do litígio é benéfica e querida, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso.<sup>57</sup>

E, continua,

---

<sup>56</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2012, p. 3.

<sup>57</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2012, p. 30, grifos nossos.

O texto proposto, ao tempo em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito, ou de opressão. Por isso, o pacto somente será admitido (a) quando se tratar de direitos que admitam autocomposição, hipóteses nas quais as partes já estão autorizadas pelo ordenamento e renunciar integralmente ao próprio direito litigioso e a afastar a própria jurisdição estatal, com opção pela arbitragem; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio, não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em situação de vulnerabilidade – tudo isso sob a fiscalização do juiz.<sup>58</sup>

Passados, agora, as opção e controle da flexibilização do procedimento às partes — em diametral oposição à Flexibilização Procedimental como “poder do juiz”, como fora proposta originalmente — a disciplina do Acordo de Procedimento aparenta ter sido construída sobre as críticas àquela disciplina original da Flexibilização Procedimental. Neste sentido, o Acordo de Procedimento estabelece condicionantes, limitadores ao seu exercício — isto é, não que já não houvesse em sua disciplina no Anteprojeto, mas se colocam expressamente no Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010.

Assim, no Capítulo I, “Da forma dos atos processuais”, do Título I, “Da forma, do tempo e do lugar dos atos processuais”, do Livro IV, “Dos Atos Processuais” — fazendo vezes daquele original artigo 151 do Anteprojeto —, a redação do então artigo 172, dispendo sobre o Acordo de Procedimento, recebe a seguinte disciplina:

Art. 172. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, e observadas as normas processuais fundamentais previstas neste Código, é lícito às partes, desde que sejam plenamente capazes, convencionar, antes ou durante o processo, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. § 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.<sup>59</sup> § 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele

---

<sup>58</sup> *Idem, Ibid.*, p. 30.

<sup>59</sup> Ressalte-se, neste aspecto, os comentários de Andrade, sobre as inovações na legislação processual francesa, quando cita a adoção do calendário processual, inovação que aqui, igualmente, se propõe: “Interessante instrumento da gestão gerencial do processo, previsto na legislação francesa, é o calendário

previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática do ato processual ou para a realização da audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário § 4º O juiz controlará, de ofício ou a requerimento, a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contratos de adesão ou em outros em que uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.<sup>60</sup>

Em igual medida, complementando a disciplina do então Acordo de Procedimento, vem disposto, ainda no artigo 365, do Projeto de Lei nº. 8046, de 2010, o chamado *Acordo de Saneamento*, que dispõe,

Art. 365. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, uma delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV<sup>61</sup> do caput deste artigo. Uma vez

---

processual. Parte-se da concepção que cada causa deve receber tratamento individualizado, dentro dos circuitos processuais previstos, de forma flexível, na legislação processual. Com isso, o juiz deve, sob medida, regular os prazos para prática de atos processuais de determinado processo, atento à natureza da causa, ao grau de urgência e à sua complexidade. Com base nesses dados, o juiz, em conjunto com os advogados das partes, fixa o calendário do processo, em que se prevêem as datas para a prática dos atos processuais de instrução e de troca de peças de defesa, bem como da própria decisão. E tal calendário tem de ser cumprido, salvo alteração devidamente amparada em motivos de maior gravidade. [...] E, claro, o calendário é fixado em cada processo de acordo com as peculiaridades da causa concretamente considerada: não se trata de mera atividade arbitrária do juiz, mas sim realizada em consonância, por exemplo a, com a natureza da lide, urgência da solução da controvérsia, bem como sua complexidade, situação que, [...] o estabelecimento do calendário não é coisa simples. O instrumento, para funcionar, vai exigir, certamente, maior engajamento do juiz, principalmente a análise mais acurada do processo no início de sua tramitação. O calendário por si só, não é causa direta de aceleração do procedimento ou de diminuição de sua duração, mas é de grande importância como instrumento de gestão processual e para oferecer às partes a previsão inicial da duração do processo. Assim, as partes, desde o início da causa, já sabem de antemão, qual será a duração da tramitação do feito em juízo, e podem, então valorar se a via judicial é o melhor caminho para a solução da controvérsia. Acresça-se que o calendário não é fixado unilateralmente pelo juiz, mas com a participação negocial das partes. Estabelecendo-se verdadeiro contrato de procedimento. Com isso, permite-se um clima de maior cooperação entre partes e juízo, além de introduzir a prática negocial ou os acordos procedimentais [...].” (*Op. cit.*, 2011, pp. 185/186). E, ainda, adverte: “Eventual implementação, porém, destes instrumentos no direito brasileiro, vai exigir do juiz uma postura mais ativa no gerenciamento do processo, o que demanda compromisso judicial de rigorosa análise da causa no seu nascedouro, a fim de orientar o processo para o melhor caminho procedimental, bem como permitir a fixação de datas do calendário processual, não em tese ou abstratamente, mas considerando o caso concreto em si: um determinado processo com suas especificidades e complexidades fáticas e jurídicas.” (*Idem, Ibid.*, p. 195).

<sup>60</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2012, pp. 978/979.

<sup>61</sup> “[...] III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 381; IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;” (BRASIL, *Op. cit.*, 2012, p. 1039). Por sua vez, dispõe o art.

homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa for complexa, fática ou juridicamente, deverá o juiz designar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações.<sup>62</sup>

Podemos notar, ao analisarmos a disposição da Flexibilização Procedimental, ou Acordo de Procedimento no Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, um fortalecimento do papel das partes na construção e condução do processo, relegando-se ao juiz o papel de fiscal<sup>63</sup>, em oposição a uma atuação preponderante do magistrado, traço característico do Anteprojeto. Atuação preponderante do juiz esta, que fora combatida no Projeto quando de sua tramitação no Senado.

Neste sentido, ao observarmos como é construída a disciplina da Flexibilização no Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, e ponderando como sua disciplina foi modificada ao longo da tramitação do Projeto do Código de Processo Civil, temos, diante de nós, três momentos claramente distintos, de um mesmo instituto, independentemente da denominação que lhe fora atribuída<sup>64</sup>: sua apresentação, no Anteprojeto, como poder do

---

381, “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” (*Idem, Ibid.*, p. 1044). Podemos perceber, em ambos dispositivos, uma forte inspiração na proposta de processo cooperativo, do favorecimento de um procedimento desenvolvido em contraditório e colaboração.

<sup>62</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2012, p. 1039.

<sup>63</sup> *Idem, Ibid.*, p. 30.

<sup>64</sup> Neste sentido, bastante reveladoras as palavras do Deputado Relator: “A proposta também avança para admitir que as partes e o juiz possam, em conjunto, disciplinar o procedimento para melhor ajustá-lo às especificidades do caso concreto. A versão inicial do anteprojeto que tramitou no Senado sob o PL nº 166, de 2010, no art. 107, inciso V, admitia amplamente a adaptação do procedimento pelo juiz, observado o contraditório. O dispositivo, após diversas críticas oriundas de variados setores da sociedade, foi retirado e não constou do substitutivo aprovado no Senado – e não foi resgatado por este relatório. O enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, que não deve ser simplesmente proscribita. Mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais. É preciso notar, então, que não se trata de um renascimento do dispositivo.” (*Idem, Ibid.*, pp. 30/31). Percebe-se que, por uma opção política — ou melhor, diplomática —, de se evitar conflitos, decide a Câmara, mantendo a alteração realizada pelo Senado ao texto da Flexibilização, por via transversa, incluir o instituto, com outra denominação, e disciplina.

juiz; sua supressão, no Projeto do Senado, em combate ao excesso de poderes do juiz; e, sua reintrodução, como convenção das partes, no Projeto da Câmara.

### **Conclusão.**

Ao observar-se como a Flexibilização Procedimental se desenvolveu na atual reforma do Código de Processo Civil, tomada desde seus momentos iniciais, com a instituição da Comissão de Juristas responsável pela edição do Anteprojeto, até o presente momento, no qual se aguarda a votação do Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados, acompanhando a lógica que permeiou a constituição dos poderes judiciais enquanto tal, é possível delinear-se três momentos, bem delimitados e distintos entre si.

Em um primeiro momento, em um Anteprojeto no qual se preconizava a atuação do magistrado na condução do processo, propôs-se a possibilidade de adequação do procedimento às especificidades inerentes ao caso concreto. Propôs-se a Flexibilização Procedimental, enquanto “poder do juiz”, como instrumento para uma prestação jurisdicional mais efetiva — onde mesmo sem condicionantes explícitos, o controle do arbítrio se daria pela obediência à sistemática de regras proposta, pela participação das partes, pela cooperação dos sujeitos processuais, pela construção do processo em contraditório.

A seu turno, em um segundo momento, no Senado Federal, há uma retração no que tange à preponderância do papel do magistrado, um combate à concentração de poderes nas mãos do juiz, buscando-se evitar um excessivo ativismo judicial, evitar-se a insegurança jurídica<sup>65</sup>, de modo que o recém-proposto instituto da Flexibilização é suprimido. Em razão mesmo de como fora proposta no Anteprojeto, a Flexibilização é, sem que se tente modificá-la — como teria sido possível —, retirada do texto do então Projeto de Lei nº. 166, de 2010.

Por derradeiro, no terceiro, e atual momento, na Câmara dos Deputados, tem-se o retorno da possibilidade de variação ritual, agora como convenção das partes. Sob a denominação de Acordo de Procedimento, temos a reintrodução do conceito de flexibilização do procedimento no Projeto de Lei de nº. 8.046, de 2010, em que pese a Flexibilização Procedimental, enquanto instituto, ser rechaçada<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> BRASIL, *Op. cit.*, 2010[B], p. 198.

<sup>66</sup> “A versão inicial do anteprojeto que tramitou no Senado Federal sob o PL n.º 166, de 2010, no art. 107, inciso V, admitia amplamente a adaptação do procedimento pelo juiz, observado o contraditório. O dispositivo, após diversas críticas oriundas de variados setores da sociedade, foi retirado e não constou do

Ponderando-se estes três momentos da atual reforma do Código de Processo Civil, a partir da Flexibilização Procedimental, e de suas alterações, seguidas pela construção de um modelo de juiz, pode-se perceber que é patente o fato de que o conceito de flexibilização procedimental, de adequação do procedimento, foi uma das ferramentas adotadas na reforma, ao lado de um magistrado que para além de julgador, adota o papel de gerenciador.

Apesar de sua disciplina ter sido alterada mais de uma vez ao longo da tramitação — onde, em cada um dos estágios, observou-se sempre uma alteração em sentido oposto à anterior —, ao tempo que se rechaça o ativismo judicial, e combate-se uma valorização da autoridade estatal, crê-se que a superação de um paradigma formalista é uma das alternativas às crises de efetividade e “viabilização de uma tutela efetiva, oportuna e adequada.”<sup>67</sup>

Na busca de se imprimir uma maior efetividade na prestação jurisdicional, de se criarem condições para um exercício democrático da jurisdição, de se possibilitar a construção da tutela judicial em cooperação e através do contraditório; de se realizar o *processo justo*<sup>68</sup> — em oposição a um embate de regras formais —, a adoção da Flexibilização em nosso sistema processual pode dar azo a este almejado processo civil.

Entretanto, reconhece-se que o instituto, em si mesmo e por si mesmo, não traria a mudança que se espera para o Processo Civil<sup>69</sup>.

---

substitutivo aprovado no Senado Federal – e não foi resgatado por este relatório. O enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, que não deve ser simplesmente proscria. Mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais. É preciso notar, então, que não se trata de um renascimento do dispositivo.” BRASIL, *Op. cit.*, 2012, p. 30.

<sup>67</sup> TAVARES, *Op. cit.*, 2011, p. 142.

<sup>68</sup> “Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.” (GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 397).

<sup>69</sup> “[...] a obtenção de um paradigma processual constitucional adequado não resultará tão-somente de iniciativas pontuais e desgarradas de uma intervenção macro-estrutural. Em outros termos, há de se perceber que somente ocorrerá a geração de impacto na eficiência e na legitimidade, caso se estabeleça uma política pública de democratização processual, amplamente debatida, que problematize a questão da aplicação constitucional das normas processuais [...], das reformas processuais, da gestão processual, e da infra-estrutura do Poder Judiciário, de modo conjunto.” (THEODORO JÚNIOR, NUNES, *Op. cit.*, p. 141). Ou, ainda, “[...] se quiser melhorar a *performance* da justiça brasileira, é insuficiente a mera atualização legislativa, aliás já em curso desde 1994 sem resultados significativos. É preciso engajar a administração da justiça e inseri-la e a alinhá-la na moldura geral do direito público, na busca de maior profissionalização. Não é suficiente para atingir tal desiderato apenas a atualização legislativa das normas

Assim sendo, independentemente de qual disciplina decida-se à Flexibilização Procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil, sua adoção expressa como conceito, como instituto, ainda que se busque como avanço, caso não se repense o papel do magistrado, e sua posição em relação aos demais sujeitos do processo, pode caracterizar inócua as expectativas que nele se depositam.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMORIM, Leticia Balsamão. *Motivação das decisões judiciais (Princípio da-)*. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Ricardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 841/ 860.

ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do Gerenciamento e da “Contratualização” do processo*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, vol. 193, mar. 2011, pp. 168/199.

AUTOR, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. *Ato n. 379, de 30 de setembro de 2009*, Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CXLVI, n. 189, 02 out. 2009[A], seção 1, p. 19. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=49&data=02/10/2009>>. Acesso em 29 abr. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). Projetos de Lei nºs. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010. **Código de Processo Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1030577&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)>. Acesso em 29 abr. 2014.

---

processuais, como tem ocorrido no Brasil nos últimos anos. São necessários pessoal adequado (administrativo e judicial), informatização, disponibilização dos recursos orçamentários para fazer face às inovações e, ainda, agregar ações de reformulação cultural dos servidores públicos, para mudar a cultura burocrática, bem como promover a ampla reorganização administrativa, na busca de modernização, sem esquecer que se deve dotar o aparelho estatal-judicial de uma estrutura física suficiente e de infraestrutura telemática ou de informática.” (ANDRADE, *Op. cit.*, 2011, pp. 196/197, grifos no original).

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas, responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, instituída pelo ato nº 379, de 2009, realizada no dia 30 de novembro de 2009, às 13 horas e 33 minutos.** Brasília: Senado Federal, Presidência; 2009[B]. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATA\\_1a.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATA_1a.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência; 2010[A]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. **Parecer nº. , de 2010.** Brasília: Senado Federal; 2010[B]. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973,** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em 29 abr. 2014.

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.** São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona).

\_\_\_\_\_. *Flexibilização procedimental: razoabilidade ou excesso de poder do juiz?* In: ROSSI, Fernando [et al.] (coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do Novo CPC.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 689/697.

GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 369/406.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Processo Civil**, vol. I, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES, Dierle. *Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, pp. 103/140.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. *As reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, F. de Magalhães; MORAIS, J. L. Bolzan (coord.). **Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 16/53.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Cidadania e efetividade do processo*. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out. 1999, pp. 30/35.

\_\_\_\_\_. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, jan./fev. 2002, pp. 5/15.

RODRIGUES, Walter dos Santos. *Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 139/158.

TAVARES, Luis Marcelo Cabral. *Perspectivas da Flexibilização Procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 4, v. VII, pp. 136/157, jan./jun., 2011. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, 2010, Ano VII, nº. 37, jul./ago. 2010, pp. 85/97.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação com garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, vol. 168, fev. 2009, pp. 107/141.