



O ACESSO À JUSTIÇA E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL JUDICIAL ATÍPICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

ACCESS TO JUSTICE AND ATYPICAL JUDICIAL PROCEDURE FLEXIBILIZATION IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Leonardo Souza Santana Almeida²

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de flexibilização procedimental judicial atípica, à luz do Código de Processo Civil vigente. A sua premissa fundamental é a garantia constitucional do acesso à justiça, a exigir a conformação da estrutura processual a fim de atender às necessidades do direito material e às circunstâncias do caso concreto. Nesse contexto, a possibilidade de ajustes do procedimento em hipóteses não previstas na lei desempenha um papel fundamental para a efetividade do acesso à justiça. Demonstramos no artigo que, mediante a interpretação sistemática das disposições do Código de Processo Civil, em consonância com a garantia constitucional do acesso de justiça, revela-se possível a variação do procedimento, desviando-se pontualmente da rota procedimental padrão. Utilizou-se a metodologia dedutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; direito material e processo; flexibilização procedimental judicial atípica.

ABSTRACT: This article analyzes the possibility of atypical judicial procedural flexibility, in the light of the current Civil Procedure Code. Its fundamental premise is the constitutional guarantee of access to justice, demanding the conformation of the procedural structure in

¹ Artigo recebido em 11/01/2022 e aprovado em 20/02/2022.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS; Professor da Escola Judicial de Sergipe - EJUSE; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe - TJSE. Membro do Conselho Administrativo Pedagógico da Escola Judicial de Sergipe - EJUSE; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Contratual - IBDCONT; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Aracaju/SE, Brasil. E-mail: lssalmeida@yahoo.com.br



order to meet the needs of substantive law and the circumstances of the concrete case. In this context, the possibility of adjusting the procedure in cases not provided for in the law plays a fundamental role in the effectiveness of access to justice. We demonstrate in the article that, through the systematic interpretation of the provisions of the Civil Procedure Code, in line with the constitutional guarantee of access to justice, it is possible to vary the procedure, punctually deviating from the standard procedural route. The deductive methodology was used.

KEYWORDS: Access to justice; substantive law and process; atypical judicial procedural flexibility.

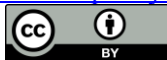
1. INTRODUÇÃO

A garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ou simplesmente garantia do acesso à justiça, significa conferir a quem tem razão tudo aquilo que o direito material lhe assegura. Essa premissa, que será explorada amiúde ao longo do texto, é o ponto de partida do presente artigo.

Após analisarmos a compreensão contemporânea da garantia fundamental do acesso à justiça, exploraremos as relações existentes entre o direito material e o processo, sendo importante uma breve digressão histórica acerca das fases metodológicas do direito processual, a saber, a sincrética e a autonomista, para nos debruçarmos de forma mais detida sobre a fase instrumentalista e a nova compreensão do modelo constitucional do processo, não sem dedicarmos algumas linhas às perspectivas adotadas pela doutrina contemporânea.

Na sequência, abordaremos os denominados princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento, investigando a razão da instituição dos procedimentos especiais e como o nosso procedimento comum se apresenta na atualidade, ou seja, se as suas regras devem ser aplicadas de forma rígida ou se ele comporta alguma maleabilidade.

Por fim, investigaremos as espécies de flexibilização permitidas no processo civil, alcançando o cerne do presente artigo, que se resume a responder à pergunta que nos animou



a escrevê-lo, qual seja, se há no direito processual civil brasileiro a possibilidade de flexibilização procedimental judicial atípica, que poderá funcionar como relevante instrumento para a garantia do acesso efetivo à justiça. Por uma escolha metodológica, conquanto reconheçamos a sua importância, não abordaremos a flexibilização procedimental convencional, operada por negócios jurídicos processuais típicos e atípicos.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

A compreensão do conteúdo normativo da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, também denominada de acesso à justiça em sentido amplo, inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a prescrever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é um necessário ponto de partida para examinarmos as relações entre o direito material e o processo e, conseqüentemente, compreendermos de que forma este deve estar estruturado para atender às necessidades daquele.

Trata-se de garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, em que todos (inclusive o Estado) estão sujeitos ao império da lei e, em regra, é vedada a autotutela. Dessa forma, para solucionar a crise de direito material, há que se ter o Poder Judiciário, assegurando ao cidadão, a um só tempo, “a porta de entrada dos tribunais” e a “porta de saída”, no sentido de que não apenas o acesso aos tribunais deve ser garantido, exigindo também a efetiva presença de “garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões etc.”³

O direito ao “acesso efetivo à justiça”, há algum tempo, compõe as preocupações dos juristas, a significar não apenas o acesso formal de todas as pessoas ao sistema judiciário, mas também e principalmente a aptidão do sistema para “produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁴.

3 SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, pp. 25-26.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.



Nesse passo, os líderes do “Projeto de Florença”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, referem-se às três ondas renovatórias do acesso à justiça. A primeira delas está centrada na assistência judiciária para os pobres, a segunda relacionada à representação dos interesses difusos ou coletivos e, finalmente, a terceira, destinada a propor “um novo enfoque de acesso à justiça”, direcionado à reforma dos procedimentos judiciais em geral, à utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, à especialização de instituições e procedimentos para determinados tipos de causas e à simplificação dos procedimentos⁵.

Com efeito, na quadra atual, não é suficiente a mera garantia de acesso formal ao Poder Judiciário. Este, através da jurisdição, deve estar apto a satisfazer às necessidades do direito material, atento às circunstâncias do caso concreto. Apenas assim estará a jurisdição cumprindo a sua missão de conferir àquele que tem razão precisamente aquilo que as normas de direito material lhe asseguram⁶.

É importante acentuar, sem adentrar no debate entre o privatismo e o publicismo no processo civil, que uma das conclusões do Projeto de Florença repousa na necessidade de aumento dos poderes do juiz no processo, reconhecendo que um juiz mais ativo “maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”⁷.

É certo que, diante da compreensão atual do modelo constitucional de processo, em que o contraditório passa a ser entendido como garantia de influência efetiva na decisão judicial (CPC, artigos 9º e 10), há a exigência de uma fundamentação qualificada dos provimentos jurisdicionais (CPC, art. 489), da primazia do julgamento do mérito (CPC, art. 6º), dentre outras normas fundamentais do processo civil, a doutrina passa a propor um modelo de acesso à justiça que não seja apenas quantitativo, mas antes e precipuamente qualitativo⁸.

5 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., pp. 75-159.

6 “(...) o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, v. 19, n.19. Curitiba: Universidade do Paraná, 1978, p. 118).

7 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 77.

8 “Finalizando, a defesa dos adeptos do movimento do “acesso à Justiça” quantitativa – tributários do Estado Social –, então, deveria ser no sentido de buscar uma ampliação dos espaços procedimentais, para que haja



Há que se observar, portanto, que a garantia constitucional do acesso à justiça, aqui examinada, está conectada com as garantias do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Mais além, exige a adequação do procedimento, seja com a instituição de procedimentos especiais necessários para a tutela de determinados direitos materiais, seja com a flexibilização de técnicas processuais no interior do próprio procedimento (comum ou especial).

O denominado princípio da adequação ou da adaptabilidade do procedimento envolve questões complexas, notadamente a conciliação entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade, que escapam ao espaço do presente artigo. O que se afigura revelante, neste momento da análise, é a constatação de que a possibilidade de ajustes procedimentais se revela fundamental para garantir o acesso à ordem jurídica justa e efetiva, compatibilizando a estrutura do processo com as suas respectivas finalidades⁹.

Registro, a propósito, significativa passagem de Calamandrei, para quem “o processo, tal como está escrito no Código, não passa de um modelo vazio que, ao se traduzir em realidade, assume diferentes formas, segundo as diversas substâncias que colocam em seu interior”¹⁰.

Concluindo o presente tópico, observamos que o acesso à Justiça compreende a perspectiva instrumental do processo, no sentido de que este se justifica por conta da necessidade de solver uma crise de direito material, sendo tema dos mais relevantes identificar de que forma o processo se relaciona com o direito material.

3. AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO.

condição de exercício de uma cidadania *ativa* – que preserve tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública – e a isto, denominamos de “acesso à Justiça” *qualitativo* e não apenas restrita ao primeiro grau de jurisdição” (BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 502).

9 Nesse sentido, CERQUEIRA, Társis Silva de. O direito fundamental à adequação procedimental: uma resposta estrutural a uma visão funcionalista do processo. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **Gestão de sistemas de justiça e de mecanismos de efetivação de direitos**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2021, p. 332.

10 CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.



A compreensão das relações entre o direito material e o processo perpassa pelo exame das denominadas fases metodológicas do direito processual civil.

Como anota José Roberto dos Santos Bedaque, “até meados do século XIX, o direito processual inexistia como ciência”, período histórico em que “a ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido da sua violação”¹¹. Nesta época, era desconhecida a autonomia do direito processual, sendo o processo regido pelas normas de direito material. Não havia distinção entre a ação de direito processual (pretensão) e a ação de direito material (tutela jurídica¹² prometida por este). Esse período pode ser denominado como *privatista* ou *sincretista*.

A doutrina anota a obra de Oskar von Bulow¹³, publicada em 1868, como sendo a certidão de nascimento da ciência processual¹⁴, porquanto nesta foram destacados os pressupostos próprios de existência e validade da relação jurídica de direito processual, que a distinguiria da relação jurídica de direito material, a ela subjacente. Deu-se início, portanto, à fase autonomista da ciência do direito processual civil, época em que os seus institutos e conceitos fundamentais foram analisados em profundidade.

Ocorre que, ao destacar a autonomia do processo em relação ao direito material, aquele se desprende de este em demasia, passando a existir um fetichismo da forma em detrimento da verdadeira finalidade do direito processual, que é a de efetivar as normas de direito material¹⁵.

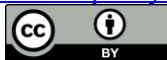
11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32.

12 Em lição de rara simplicidade, Calmon de Passos, após afirmar que “o direito posto define a tutela jurídica que cumpre seja efetivada, quando necessário, pela tutela jurisdicional”, disserta: “disso se conclui que, em verdade, o que se mostra bastante diferenciada é a *tutela jurídica*, porque vinculada à gama dos variados interesses que, no mundo da vida, mobilizam os homens e levam-nos a interagir. A *tutela jurisdicional* é somente e apenas um *dizer (certificação)* sobre aquela outra tutela como devida no caso concreto.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Teoria geral dos procedimentos especiais*. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (organizadores). *Ensaio e artigos*. Volume II. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 208).

13 BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258.

15 Nesse particular, destaca Daniel Mitidiero: “É claro, porém, que esse clima processualista acabou por isolar demasiadamente o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32).



Foi esta compreensão, é dizer, a da necessária aderência do instrumento (processo) ao objeto (relação jurídica de direito material), que faz nascer a perspectiva do instrumentalismo processual. Nesta, assume especial relevância os escopos jurídico, social e político do processo, consoante descritos na obra seminal de Cândido Rangel Dinamarco¹⁶.

Em verdade, a proposta do *instrumentalismo* é a de enxergar o processo a partir de uma *nova perspectiva*, deslocando o centro das atenções do seu âmbito interno para o *ângulo externo*, integrando, assim, a “ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada”¹⁷.

A ideia é, portanto, consolidar os estudos que à época já vinham sendo realizados pela doutrina do direito processual civil, conferindo-lhe “foros de ideia síntese de Escola”¹⁸, e fixando os objetivos e os resultados pretendidos¹⁹.

Na perspectiva instrumentalista, a justificação lógico-jurídica do processo é algo exterior a ele, razão pela qual sofre as influências das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade. Importam mais, portanto, os objetivos a serem perseguidos pelo processo do que a insistência na autonomia do direito processual, com a reafirmação dos seus conceitos e institutos fundamentais²⁰.

Em contraposição à visão privatista do processo, Dinamarco adota uma perspectiva publicista do processo, eis que através da jurisdição (posta como centro da ordem processual) o Estado persegue objetivos e alcança resultados que lhes são próprios, sendo estes os denominados escopos da jurisdição. Os demais institutos centrais do direito processual (ação, defesa e processo), na ótica do autor, gravitariam em torno da jurisdição²¹.

Dessa forma, compreendendo o processo como um instrumento, impõe-se a indicação dos *objetivos* a serem por ele perseguidos, que coincidem com os objetivos do próprio Estado, variáveis dessa forma em razão do espaço e do tempo. Compreende o autor a insuficiência do escopo meramente jurídico do processo (*atuação da vontade concreta da*

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

17 Idem, *Ibidem*, p. 11.

18 MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 33.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p.11.

20 Idem, *Ibidem*, pp. 24-26.

21 Idem, *Ibidem*, pp. 92-98.



lei e justa composição do litígio), para reconhecer a existência de escopos sociais e políticos da jurisdição, em especial a consecução da *paz social* e do *bem comum*²².

Cândido Rangel Dinamarco, em sua visão do processo como um instrumento, elenca três categorias de objetivos a serem alcançados, por ele denominados de *escopos* sociais, políticos e jurídicos. Tais escopos estariam conectados à legitimidade da atuação do Estado, que deve utilizar o poder a ele conferido a fim de “organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores”²³.

O escopo social primordial da jurisdição, na visão de Dinamarco, é a “paz social”, da mesma forma que esta também é objetivo a ser alcançado pela própria legislação. Nessa esteira, a atividade jurisdicional tendente a pacificar os conflitos com justiça, eliminando as insatisfações decorrentes da inobservância espontânea das normas de direito material, seria o mais importante escopo social.

Como decorrência deste, é dizer, percebendo a sociedade que os conflitos estão sendo pacificados com justiça, atinge-se o segundo escopo social, que se refere à conscientização dos membros da sociedade para com os seus direitos e obrigações. Em síntese, são escopos sociais da jurisdição: i) a pacificação dos conflitos com justiça, isto é, mediante a esmerada observância das normas de direito material; ii) a promoção da educação dos membros da sociedade em relação aos seus direitos e obrigações²⁴.

Sendo a jurisdição uma expressão do poder do próprio Estado, que se legitima mediante a consecução de determinados fins, tem-se como seu principal escopo político o de “assegurar a autoridade do próprio Estado e do seu ordenamento jurídico-substancial”²⁵.

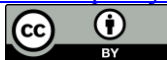
Além deste, são escopos políticos da jurisdição: i) a preservação das liberdades públicas, o que se dá em especial através dos instrumentos que compõem a denominada “jurisdição constitucional das liberdades” (mandado de segurança, *habeas corpus*, dentre outros); ii) a canalização de meios de participação democrática dos cidadãos no exercício do

22 Idem, Ibidem, pp. 181-192.

23 Idem, Ibidem, p. 193.

24 Idem, Ibidem, pp. 193-203.

25 Idem, Ibidem, p. 211.



poder estatal, sendo exemplos a ação popular e a legitimação extraordinária conferida ao Ministério Público e às associações para a defesa em juízo dos interesses difusos²⁶.

Adotando expressamente a teoria dualista do ordenamento jurídico, Cândido Rangel Dinamarco indica como escopo jurídico do processo a atuação da vontade concreta do direito²⁷, destacando que a atividade do juiz é declaratória de direitos previamente existentes, ainda que resultante de uma interpretação evolutiva do direito.

Assevera que o “que efetivamente se acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes é a *segurança jurídica*, como efeito do exercício imperativo do poder estatal no processo”²⁸. Revela-se importante e bem representativa do pensamento do autor, a afirmação de que o escopo jurídico é “o mais superficial e menos significativo”, devendo ceder “espaço a considerações de outra ordem, ligadas ao campo político e ao social”²⁹.

Percebe-se, portanto, que a visão instrumentalista do processo, tal como posta por Cândido Rangel Dinamarco, enfatiza os seus escopos sociais e políticos, em especial o escopo social consistente na pacificação com justiça, mas sem descurar do escopo jurídico consistente na atuação da vontade concreta do direito.

Côncio de que os direitos se realizam, no mais das vezes, espontaneamente, sem a atuação do processo, revela-se este indispensável para resolver a crise de insatisfação decorrente de sua inobservância no plano social. É o processo, assim, importante instrumento sem o qual não se tem como garantir o cumprimento dos desígnios do direito material.

26 Idem, Ibidem, pp. 204-214.

27 Idem, Ibidem, p. 255.

28 Idem, Ibidem, p. 235.

29 Prossegue o autor: “Se o resultado do processo se afastou dos desígnios do direito substancial nada de mau ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido; melhor ainda, se foi feita pacificação com justiça” (Idem, Ibidem, p. 250).



Dialogando com o instrumentalismo do processo, as correntes doutrinárias do neoprocessualismo³⁰ e do formalismo-valorativo³¹ ou, simplesmente, da compreensão do processo civil no Estado Constitucional, propõem a sua superação, passando a categoria jurídica do “processo” - ao invés da “ação”, como ocorreu na fase autonomista, ou da “jurisdição”, característica da fase instrumentalista – a ocupar o centro do direito processual civil.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assim descreve o que denomina de quarta fase metodológica da história do direito processual:

A quarta e última fase, a constituir a proposta principal da tese, é a do *formalismo-valorativo*. O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual³².

O processo civil volta-se, nesta fase metodológica, para a realização dos valores fundamentais da sociedade, assim alinhados: “a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*)”³³.

Nessa esteira, no modelo colaborativo de processo proposto por Daniel Mitidiero, inspirado declaradamente no formalismo-valorativo, os institutos jurídicos processuais devem ser objeto de uma releitura, com o intuito de

30 Por *neoprocessualismo* entende-se o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com o novo modelo de repertório teórico do pensamento jurídico contemporâneo, composto, na visão de Fredie Didier Jr., pelas seguintes características: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) ressignificação do princípio da legalidade, com o reconhecimento da existência de outras fontes do direito além da lei; c) desenvolvimento da teoria dos princípios; d) transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e) expansão e consagração dos direitos fundamentais. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 59-65).

31 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 26, 2006, pp. 59-88.

32 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

33 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, op. cit., p. 77.



oferecer soluções constitucionalmente comprometidas com um ângulo interno de análise do processo (como, por exemplo, aquele ligado à equilibrada distribuição do trabalho entre o juiz e as partes – a que a colaboração procura oferecer uma resposta), mas também com um ângulo externo (como, por exemplo, aquele ligado à tutela dos direitos).³⁴

A tutela dos direitos, e não a consecução de outras finalidades estatais, retorna, sob perspectiva inteiramente distinta da encontrada na fase sincrética ou privatista, a ser o escopo fundamental do processo civil.

Vale mencionar, neste momento da exposição, a teoria circular dos planos, proposta por Hermes Zaneti Jr. para tratar das relações existentes entre o direito material e o direito processual³⁵. Cuida-se de relevante perspectiva para a análise do tema, propondo o autor, em síntese, que “entre **processo e direito material** ocorre uma **relação circular**, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”³⁶.

Dialogando com as teorias monista e dualista do ordenamento jurídico e com as perspectivas da adequação e da instrumentalidade do processo apresentada por autores como Galeno Lacerda e Pontes de Miranda, o autor apresenta a sua tese de que o processo promove a reconstrução e até criação de direito por parte do órgão jurisdicional, o que se torna mais evidente na atualidade, em que a Teoria do Direito consagrou a existência de princípios e cláusulas gerais, bem como a força normativa dos precedentes³⁷.

Apresenta-se, por fim, nesse breve apanhado das teorias que se propõem a discutir a complexa relação existente entre o direito material e o processo, a tese de Antonio do Passo Cabral, para quem “a relação contemporânea entre direito e processo assume uma configuração coaxial”³⁸.

34 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 49.

35 ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, pp. 401-430.

36 ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 403.

37 Nas palavras de Hermes Zaneti Jr: “(...) Nesse sentido, o processo, na sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes *imbricá-los pelo nexo de finalidade* que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a *teoria circular dos planos*.” (op. cit., p. 436).

38 Complementa o autor: “São *eixos convergentes* e podem atuar em conjunto transformando as situações processuais e o próprio procedimento, dentro e fora do processo jurisdicional, moldando tanto a regulação



Partindo da perspectiva do instrumentalismo do processo, Cabral identifica algumas “fraturas” nas relações entre direito e processo, assim apresentadas.

A primeira fratura consiste, na visão do autor, no afastamento exacerbado do direito processual do direito material ocorrente durante a fase autonomista daquele, em que foram teorizadas categorias diversas e independentes do direito substancial, especialmente quanto à distinção entre a ação de direito processual e a ação de direito material e a existência de relações jurídicas distintas para os dois planos do ordenamento jurídico. Além disso, foram identificados requisitos e pressupostos próprios do direito processual (pressupostos processuais e condições da ação).

Percebe-se, ainda, “nesse caminho de libertação do direito material”, a existência de um purismo conceitual, revelado pela insistência em negar que o direito processual fosse “adjetivo” ou “acessório”, tudo a fim de preservar a sua propalada “autonomia científica”.

Para o autor, a identificação de escopos sociais e políticos, independentes do direito material, consistem no último degrau do afastamento³⁹.

A segunda fratura seria, na ótica de Cabral, a relação que se apresentava necessária, na perspectiva publicista do processo, entre a jurisdição e o processo, desconhecendo que a ideia de processo não é exclusiva da jurisdição, sendo conhecida em outras atividades estatais e até mesmo na atividade desenvolvida por instituições privadas, a exemplo da arbitragem.

Não é possível, no direito contemporâneo, identificar a “tutela de direitos” com a “tutela jurisdicional de direitos”⁴⁰.

Por fim, a terceira fratura “foi separar na estrutura e na função normas materiais e processuais, com o objetivo evidente de segregar as normas processuais da regulação de conduta fora do Judiciário”⁴¹.

Na sequência, apresenta Cabral as seguintes premissas fundamentais que demonstrariam a inflexão de algumas premissas da instrumentalidade do processo e a

primária como a regulação secundária”. (CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*. v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, pp. 97).

39 Idem, *Ibidem*, pp. 75-80.

40 Idem, *Ibidem*, pp. 81-84.

41 Idem, *Ibidem*, p. 84.



consequente “materialização do processo” (no sentido de retorno do processo ao direito material): i) a existência de negócios jurídicos pré-processuais, que funcionam como normas primárias de regulação de conduta, servindo, tais como as normas de direito material, como incentivos para os comportamentos dos contratantes; ii) a tendência contemporânea de ampliação das hipóteses em que se admite a autotutela, para além dos exemplos clássicos de desforço imediato da posse e de direitos de vizinhança, encontrados em diversas leis que admitem a prática de atos de execução forçada de forma extrajudicial, bem como as soluções adotadas nos *smart contracts* e outros instrumentos derivados das novas tecnologias.

A sua tese se afasta da perspectiva do instrumentalismo, seja porque não identifica escopos do processo estranhos ao estritamente jurídico, que relaciona à tutela jurisdicional de direitos, ou porque admite a existência de processo fora do Poder Judiciário.

É interessante observar também que abre uma nova frente de estudos no sentido de identificar como, na atualidade, se apresentam as relações das normas de direito material com as de direito processual, que em muitas oportunidades podem atuar conjuntamente para regular primariamente as condutas.

Trata-se, como bem dito pelo autor, de um retorno do processo ao direito material, assumindo aquele a sua missão de não apenas atuar a vontade concreta da lei, mas sim de tutelar jurisdicionalmente os direitos, caso estes não sejam satisfeitos de forma espontânea nas relações jurídicas.

É esta a perspectiva que adotamos neste artigo, que propõe uma visão instrumental do processo civil, devendo este atuar na perspectiva de servir ao direito material, maximizando os seus procedimentos e as suas técnicas processuais com o intuito de conferir o maior rendimento possível a cada processo, tutelando efetivamente os direitos.

Em outras palavras, o processo deve servir para debelar a crise de direito material que se instaurou e foi revelada a partir do ajuizamento da ação. Construções cerebrinas, puramente conceituais, e que se afastem de tal finalidade precípua, são contrárias inclusive às normas fundamentais do processo civil, a partir da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, inciso XXXV), bem como aos princípios da eficiência (CPC, art. 8º) e da primazia do julgamento do mérito (CPC, artigos 4º e 6º).



Não sendo este o espaço para aprofundarmos esses conceitos, avançamos para a análise do procedimento, por ser esta a forma de que se vale o processo para debelar as crises de direito material.

4. A DICOTOMIA PROCEDIMENTO COMUM – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E A ADEQUAÇÃO LEGAL DO PROCEDIMENTO.

O procedimento comum é tradicionalmente descrito como o procedimento padrão, aplicável à generalidade das situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional, assumindo nítido caráter residual⁴² em relação aos procedimentos especiais. Nessa acepção, o art. 318, *caput*, do CPC, determina a aplicação do procedimento comum a todas as causas, “salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”.

Em um segundo sentido, mais amplo, assumem esses conceitos natureza relacional, sendo o procedimento comum o geral e básico e o especial todo aquele que contiver alguma peculiaridade que o distinga do comum. Assim, “o procedimento pode ser *comum* ou *especial*, a depender do paradigma examinado”⁴³.

A justificativa para a instituição de procedimentos especiais deve ser a necessidade de adequação das regras processuais às distintas peculiaridades do direito material, para as quais não são suficientes as regras do procedimento comum⁴⁴.

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 336.

43 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 20. Os mesmos autores apresentam dois exemplos: “i) o procedimento da ação civil pública é *comum* dentro do microsistema da tutela coletiva, mas, em relação ao procedimento comum do CPC, é *especial*; o procedimento da ação de improbidade é um procedimento *especial* dentro do microsistema da tutela coletiva; ii) o procedimento comum do processo de conhecimento é aplicável subsidiariamente ao processo de execução (art. 318, par. ún., CPC), mas, dentro da atividade executiva, o Código estabelece procedimentos de cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial (arts. 513 e 771, CPC), que são comuns em relação aos procedimentos especiais de execução (execução de alimentos, execução fiscal etc.).”

44 Nesse sentido, revela-se oportuna a advertência de Calmon de Passos: “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 na sua inteireza o procedimento ordinário. O que se impõe como técnica e politicamente correto é ter-se um procedimento ordinário excelente, porque ele é o meio a ser empregado na esmagadora maioria dos casos. Péssimo, 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 excepcionalidades” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria



Entretanto, a realidade demonstra que nem sempre os procedimentos especiais são instituídos com este propósito, existindo vários deles com finalidades meramente simbólicas⁴⁵, decorrentes do “peso da tradição histórica”⁴⁶ ou para atender aos interesses de determinado grupo político ou econômico⁴⁷.

Acerca desse último aspecto, reportando-se à influência de grupos organizados, patrocinadores de *lobby* para que os seus direitos sejam protegidos mediante procedimentos diferenciados, Luiz Guilherme Marinoni faz relevante observação, quando percebe que no CPC de 1973, em sua redação originária, a previsão da tutela inibitória constava apenas nos procedimentos especiais do interdito proibitório e da nunciação de obra nova.

É dizer, era destinada apenas à proteção da posse e da propriedade, não estando disponível aos direitos de cunho não patrimonial, em dissonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) e as garantias fundamentais inscritas no art. 5º, incisos X e XXXV, da Constituição Federal.

O referido autor destaca ainda a existência de um rol de procedimentos especiais que foram instituídos com o único propósito de “privilegiar determinadas posições sociais, porque sem qualquer relação de adequação com os valores da Constituição, especialmente com o princípio da igualdade no sentido substancial”⁴⁸.

geral dos procedimentos especiais. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (organizadores). *Ensaios e artigos*. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 207).

45 Como exemplos desse grupo podemos citar as ações de família, disciplinadas nos artigos 693 a 699, do CPC, instituídas como uma forma de demonstrar o prestígio que o legislador pretendeu conferir às relações jurídicas reguladas pelo direito de família. Nestas, as técnicas processuais diferenciadas, que poderiam perfeitamente ser incorporadas, como alternativas, ao procedimento comum, são a disciplina específica da audiência de conciliação/mediação, as especificidades do ato citatório e a audiência do processo que tenha como questão controvertida a alienação parental.

46 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3).formatado.pdf)>.

Acesso em 03.06.2021.

47 Como exemplo dessa espécie tem-se a ação de busca e apreensão de bem móvel garantido por alienação fiduciária, disciplinada pelo Decreto-Lei nº 911/69. Nesse sentido, L. A. Becker denuncia a existência de um “sistema de seletividade estrutural” na filtragem das demandas que serão reconhecidas como direitos materiais e, na sequência, das que serão tuteladas adequadamente pelo direito processual. Em suas palavras: “Depreende-se que o direito processual também apresenta essa função seletiva, porquanto ele seleciona os conflitos passíveis de eficaz apreciação e, conseqüentemente, as classes que terão o beneplácito jurisdicional. Pode-se dizer que, ao rigoroso controle legal-judicial do *input* das demandas no aparelho do Estado, corresponde um claro *deficit* de procedimentos adequados às diferentes situações de direito material (e às respectivas demandas)”. (BECKER, L.A. Introdução crítica aos procedimentos especiais. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 366).

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 66-72.



Sendo certo que a finalidade cientificamente justificadora da existência de procedimentos especiais é a necessidade de instituição de regras procedimentais próprias à tutela de determinadas situações jurídicas de direito material que, pelas suas especificidades, não receberiam tratamento apropriado na moldura do procedimento comum⁴⁹, podemos afirmar que a flexibilização do processo se opera inicialmente no plano legislativo.

Nesse contexto, fala-se do movimento da tutela jurisdicional diferenciada, que iniciou no final da década de 1970⁵⁰, sendo protagonizado pelos estudos do processualista italiano Andrea Proto Pisani⁵¹.

Tem-se aí a concretização do princípio da adequação do procedimento⁵², que, dada a sua aplicabilidade aos processos legislativo, administrativo e jurisdicional, “funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma *teoria geral do processo*”⁵³.

Sendo o processo um instrumento, “que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação”,

49 “(...) 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” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. Volume 208. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012. Versão eletrônica). Assim também: “A legitimidade do procedimento diferenciado depende de ele atender a uma circunstância de direito material que justifique, na perspectiva da isonomia substancial, maior celeridade e efetividade” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 71).

50 Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 25.

51 Cf. PISANI, Andrea Proto. *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2014.

52 Adotamos a terminologia de Fredie Didier Jr., ao distinguir os princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento. (DIDIER JR. Fredie. Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* n. 9, jan-dez 2001. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001). Em sentido similar, assenta Wilson Alves de Souza a existência do princípio da adequação do direito processual do trabalho ao direito material do trabalho, devendo aquele, assim como este, cumprir a função protetiva do empregado, do que decorreriam o princípio do tratamento desigual, para elevar a igualdade real (envolvendo inclusive, ao ver do autor, a aplicação do princípio *in dubio pro misero* em matéria de interpretação da prova), o princípio teleológico da finalidade social específica (acolhido na regra hermenêutica incorporada ao art. 8º da CLT) e o princípio da normatividade jurisdicional (CF, art. 142, § 1º). (SOUZA, Wilson Alves. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTR*, Vol. 50, nº 2, fevereiro de 1986, pp. 171-178).

53 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. (organizadores). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.



a adequação, segundo a lição de Galeno Lacerda, se apresenta sob tríplice aspecto: subjetiva, objetiva e teleológica⁵⁴.

A lei processual civil ou, mais propriamente falando, o código, seria o sistema legal de adequação do processo, em cujos dispositivos pode-se encontrar regras próprias, de adaptação do procedimento comum aos sujeitos, ao objeto e à finalidade da prestação jurisdicional, além da instituição de procedimentos especiais, aptos a atender às necessidades das distintas situações jurídicas de direito material⁵⁵.

No aspecto subjetivo, instituem-se, por exemplo, regras de intervenção obrigatória do Ministério Público quando há a presença de interesse de incapaz (art. 178), confere-se a prerrogativa do prazo em dobro para o Ministério Público (art. 180), a Advocacia Pública (art. 183) e a Defensoria Pública (art. 186), institui-se a remessa necessária quando forem vencidas a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496), veda-se a realização do inventário e partilha sob o rito simplificado do arrolamento sumário quando um dos herdeiros é incapaz (art. 659), dentre outras regras.

No âmbito objetivo, são instituídas regras ou procedimentos ajustados à disponibilidade ou indisponibilidade do direito, bem como às distintas relações materiais sobre as quais poderão incidir as regras processuais, como por exemplo o processo eleitoral, o processo penal, o processo coletivo, o processo do trabalho, o controle concentrado de constitucionalidade, dentre outros.

Além destes, há alguns procedimentos especiais, a exemplo do inventário e partilha (instrumento para a efetivação do direito sucessório) e a divisão e demarcação de terras particulares.

Por fim, no aspecto teleológico, respeitante portanto à função que deve ser exercida prioritariamente pela jurisdição, temos as regras que visam à distribuição do ônus do tempo no processo, permitindo a concessão de tutelas provisórias à parte que aparentemente tem razão, bem como as que ajustam o processo às funções de certificação ou de efetivação do direito.

54 Idem, Ibidem, pp. 252-253.

55 Idem, Ibidem, pp. 252-258.



A partir do exame de tais critérios, constata-se que são reduzidos os procedimentos especiais realmente necessários, no sentido da imprescindibilidade de um bloco procedimental específico próprio, distinto do regramento do procedimento comum, por conta de específica necessidade de ajustes procedimentais aptos a atender às peculiaridades próprias do direito material⁵⁶.

A maioria dos procedimentos é plenamente dispensável, sendo possível a incorporação de suas técnicas processuais especiais ao procedimento comum. É o caso, por exemplo, das ações possessórias, que se distinguem do rito padrão pela técnica especial de restrição da cognição (vedação à *exceptio proprietatis*) e pela previsão de específica tutela provisória de evidência.

O CPC/2015, é certo, promoveu a “eliminação e pseudoeliminação de alguns procedimentos especiais”⁵⁷. Alguns procedimentos, como a ação de nunciação de obra nova e os alimentos provisionais, destacados do comum apenas pela previsão de tutela provisória satisfativa, generalizável, desde a reforma do CPC/73, operada pela Lei nº 8.952/94, às ações que tramitam pelo procedimento comum, foram efetivamente eliminados, diante da sua desnecessidade.

Outros, como a ação de usucapião de terras particulares e ação de depósito, tiveram as suas técnicas processuais incorporadas ao procedimento comum.

Quanto aos procedimentos mantidos no CPC/2015, podemos constatar que nem todos correspondem à específica finalidade que cientificamente autorizaria a sua instituição, a exemplo do já citado procedimento das ações de família. Entretanto, dada a limitação deste artigo, que não pretende inventariar os procedimentos especiais codificados, esse aspecto não será analisado.

A praxe forense demonstrou que a realidade da vida é sempre mais complexa do que a que pode ser prevista pelo legislador, sendo necessária a previsão de técnicas de adaptação procedimental aptas a atender às distintas peculiaridades da situação de direito

56 Nesse sentido, anota Cândido Rangel Dinamarco: “Procedimentos verdadeiramente especiais do começo ao fim são o da *ação de prestação de contas*, da *ação de divisão ou demarcação*, do *inventário e partilha*, dos *embargos de terceiro*, do *mandado de segurança etc.* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 341).

57 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 49.



material apresentada ao debate judicial. A este fenômeno se deu o nome de flexibilização procedimental.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

5.1. Espécies de flexibilização

Podemos dizer, seguindo neste particular a lição de Fernando da Fonseca Gajardoni⁵⁸, que são três as espécies de flexibilização procedimental: i) flexibilização legal; ii) flexibilização judicial; iii) flexibilização voluntária.

Na primeira espécie, a flexibilização ocorre por força de lei, que pode dar-se através de um comando permissivo genérico (flexibilização legal genérica), a exemplo do que ocorre no direito português, ou mediante a inserção de alternativas procedimentais, a ser eleita pelo juiz em cada caso concreto (flexibilização legal alternativa).

No caso da flexibilização judicial, não há necessidade de previsão legislativa autorizando o juiz a promover a variação procedimental. Basta que se vislumbre a necessidade de ajuste procedimental, consideradas as necessidades do direito material e as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto.

Observe-se, por fim, que a customização processual tem caráter subsidiário e excepcional, aplicável apenas na hipótese de insuficiência das regras legislativamente dispostas.

Por fim, a flexibilização voluntária decorre de acordo das partes. Pode ser realizada de forma típica, ou seja, mediante previsão legislativa específica, como por exemplo a escolha consensual do perito (CPC, art. 471), o requerimento conjunto de adiamento da audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 362, inciso I), a definição conjunta das questões de fato sobre as quais incidirão a produção probatória, bem como das questões de direito relevantes para a decisão do mérito (CPC, art. 357, § 2º), dentre outras. Ademais, há

58 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, pp. 138-139.



a possibilidade de a negociação processual ser atípica, o que no nosso sistema encontra previsão expressa no art. 190, do Código de Processo Civil.

Seguindo o corte epistemológico anunciado na introdução, analisaremos apenas as duas primeiras espécies de flexibilização, com foco no direito brasileiro.

5.2. A flexibilização procedimental legal alternativa no Código de Processo Civil.

Como já foi dito, a previsão em abstrato de um rol de procedimentos especiais não é apta a abarcar todas as especificidades das situações jurídicas litigiosas levadas ao Poder Judiciário, sendo necessária margem de flexibilização para que o juiz e as partes possam ajustar o processo às peculiaridades da relação jurídica material que emergem de cada causa individualmente considerada.

Assim, num movimento que iniciou a partir de 1994, com as sucessivas reformas legislativas ao CPC/1973, o Código de Processo Civil passou a incorporar em seu procedimento-padrão técnicas processuais outrora adotadas apenas em alguns procedimentos especiais.

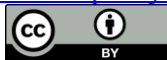
Exemplo paradigmático desse movimento foi a previsão, introduzida pela Lei nº 8.952/94 no art. 273, do CPC/1973, da possibilidade de concessão de tutela antecipada em todo e qualquer processo, além da possibilidade, decorrente de alteração promovida pela mesma lei no art. 461 do CPC/1973, de utilização de várias técnicas processuais para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer e de não-fazer.

Tais alterações legislativas, como afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, permitiram a construção da ação e do procedimento adequados ao caso concreto⁵⁹.

O CPC vigente consolidou essa tendência legislativa e passou a prever “distintas rotas procedimentais a depender das circunstâncias do caso submetido à análise judicial”⁶⁰.

59 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. Volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 53-54.

60 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: Da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 199. Prossegue o autor: “Confere-se relevância à maneira como os fatos serão provados; à plausibilidade da situação jurídica do autor; à possibilidade de uma solução



Paulo Mendes de Oliveira assim as descreve: i) procedimento curto (improcedência liminar do pedido); ii) procedimento médio (julgamento antecipado do mérito); iii) procedimento longo (necessidade de dilação probatória), iv) abreviação procedimental dependente da postura do réu, na hipótese de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente⁶¹.

Tais previsões legais, se, por si sós, não conduzem à convicção de que o nosso Código permite uma ampla possibilidade de flexibilização judicial atípica, autorizam desvios procedimentais importantes, evitando que o processo se alongue desnecessariamente, em prejuízo às garantias fundamentais do acesso à ordem jurídica justa e efetiva (CF, art. 5º, inciso XXXV) e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

A primeira hipótese, prevista no art. 332, do CPC, permite, nas causas que não demandem produção de provas, estando a pretensão do autor inequivocamente fadada ao insucesso, porquanto ancorada em tese contrária à veiculada em precedentes vinculantes ou atingida pela decadência ou prescrição, o julgamento liminar de improcedência do pedido. Admitir-se o processamento de uma demanda dessa natureza, cujo resultado já se divisa prontamente, configuraria verdadeira afronta às garantias fundamentais do devido processo legal e da razoável duração do processo.

Quanto ao julgamento antecipado do mérito, há a previsão contida no art. 355, do CPC, de sua adoção quando não houver necessidade de produção de outras provas além da documental ou quando o réu for revel, ocorrente o efeito substancial da revelia e sem requerimento de produção de provas pelo mesmo.

Nesse caso, visualiza-se um procedimento de duração média, com supressão da fase probatória. Vale ressaltar nesse ponto a previsão expressa, no art. 356, do CPC, da possibilidade de fracionamento do julgamento do mérito, quando uma ou mais questões não demandarem a produção probatória, permitindo a fruição imediata pelo autor do bem da vida por ele pretendido.

autocompositiva; à necessidade de audiências etc. para definir o desenho do procedimento adequado à tutela da situação específica”.

61 Idem, *Ibidem*, p. 200.



Seguindo essa mesma tendência legislativa, o art. 354, parágrafo único, do CPC, permite o julgamento sem resolução do mérito de um ou mais pedidos cumulados, quando presente alguma das hipóteses contidas no art. 485 do Código de Processo Civil.

A terceira rota procedimental citada é a mais longa, com a utilização de todas as fases previstas no procedimento comum: postulação, saneamento, instrução e sentença.

Por fim, tem-se a nova regra contida no art. 304, do CPC, que confere estabilidade à tutela antecipada concedida em caráter antecedente, caso o réu não a impugne através de agravo de instrumento ou de contestação apresentada no prazo do recurso⁶².

Além dessas rotas procedimentais que dizem respeito às fases do processo, o Código de Processo Civil prevê claramente outras hipóteses em que o juiz pode, por força de determinação legal expressa, customizar o processo às circunstâncias do caso concreto.

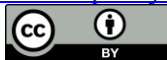
Exemplificativamente, temos: i) a possibilidade ampla de concessão de tutela de urgência de natureza satisfativa, contida no art. 300; ii) a abertura do sistema à utilização de métodos de solução consensual de conflitos, contida no art. 3º, §§ 2º e 3º; iii) a atipicidade dos meios de cooperação judiciária, conforme art. 69; iv) a produção de provas de ofício (art. 370); v) a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º).

Temos, ainda, a possibilidade, introduzida pelo legislador no que seria no projeto originário uma cláusula geral de flexibilização judicial do procedimento, como veremos no próximo item, de determinação judicial de dilação de prazos e alteração da ordem de produção dos meios de prova, “adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, VI).

A dilação de prazos é vedada, consoante prescreve o art. 139, parágrafo único, do CPC, nas hipóteses em que o prazo originário tenha expirado, não servindo portanto para afastar a regra da preclusão temporal. A medida é importante, e tem o condão de ajustar o prazo às circunstâncias subjetivas e objetivas do caso concreto⁶³.

62 Aderimos à posição externada por DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. 15.ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 745.

63 Advogando a tese da possibilidade de dilação dos prazos antes mesmo do início dos trabalhos que resultaram na promulgação do CPC/2015: “É lógico que, não havendo particularidades na causa a justificar a dilação dos prazos, devem ser seguidos os legalmente fixados no sistema (que devem servir, aliás, de limite mínimo para a atividade flexibilizadora do juiz), até por conta de um predicado básico de segurança e previsibilidade. O que não se concebe é que o prazo legal seja inalterável, como se todas as causas fossem



Constata-se, ainda, além dessa regra genérica, a existência da regra contida no art. 437, § 2º, do CPC, conferindo ao juiz o poder de, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação. Ressalte-se, por fim, que a regra permite apenas a ampliação dos prazos, sendo vedada a sua redução, nos termos do art. 222, § 1º, do Código de Processo Civil.

A regra que permite a alteração na ordem de produção de provas se revela importante, pois racionaliza a atividade probatória, em especial quando estamos diante de prova excessivamente custosa ou que retardará demasiadamente o desfecho do processo.

É o caso, por exemplo, de ação de responsabilidade civil, em que, havendo fundadas dúvidas acerca da culpa do réu, pode-se optar por inverter a ordem legal de produção de provas, determinando que a prova oral seja produzida antes da prova pericial. Isto porque, se não configurada a culpa do réu, não haverá necessidade de se perquirir acerca do dano, o que tornará desnecessária a realização da perícia.

O conjunto dessas regras nos conduz à conclusão de que o procedimento comum, no direito processual civil brasileiro, é flexível, adaptável às distintas necessidades do direito material e às circunstâncias subjetivas e objetivas avistáveis no caso concreto.

Mas podemos avançar.

Como anunciado na introdução, o escopo do próximo subitem será analisar se há, fora das hipóteses previamente estabelecidas pelo legislador, a possibilidade de flexibilização judicial do procedimento.

5.3. A flexibilização procedimental judicial atípica no direito processual civil brasileiro.

Neste tópico, pretendemos analisar a possibilidade de flexibilização procedimental judicial atípica no direito processual civil brasileiro. Não trataremos da flexibilização

iguais e os prazos rigidamente fixados, da mesma forma, suficientes para a adequada prática do ato processual". (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, p. 212)



procedimental convencional atípica (CPC, art. 190), por ser objeto deste trabalho apenas a flexibilização operada por decisão judicial.

É fato que não há no nosso Código de Processo Civil, ao contrário do que se contata no Código de Processo Civil português⁶⁴, cláusula geral de flexibilização procedimental judicial atípica. Ressalte-se que regras desta natureza constavam no Anteprojeto do CPC⁶⁵, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, com as seguintes redações:

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

(...)

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

Art. 151. 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 preencham 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.

Percebe-se, pela leitura dos dispositivos projetados, que pretendia a Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, instituir no ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança do que já ocorre em outros países, cláusula geral de flexibilização procedimental atípica, por ato do juiz, conferindo-lhe poderes amplos de promoção dos ajustes procedimentais necessários às especificidades da causa.

64 O art. 6º, do Código de Processo Civil de Portugal, que cuida do “dever de gestão processual”, prescreve: 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável; 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo. Também o art. 547, que trata da “adequação formal”: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

65 BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 08.06.2021.



Interpretando os dispositivos em conjunto, os seguintes pressupostos seriam necessários para o exercício dos poderes judiciais de adaptabilidade do processo: i) inadequação do procedimento ou dos atos processuais previstos legalmente às peculiaridades da causa, revelando assim o caráter *subsidiário* da flexibilização judicial; ii) observância do contraditório em caráter prévio à definição judicial das novas regras procedimentais; iii) finalidade instrumental consistente na maior efetividade à tutela do bem jurídico⁶⁶.

Ainda no Senado Federal, a amplitude da flexibilização procedimental permitida no aludido dispositivo, que sofrera muitas críticas, em especial pela ausência de previsão das hipóteses cabíveis para a sua aplicação, dos sujeitos que poderiam requerer e da possibilidade de recurso para impugnar a decisão que determinasse a flexibilização do procedimento, o que poderia redundar em insegurança jurídica⁶⁷, foi substancialmente reduzida, limitando-se, como analisamos no item precedente, à possibilidade de dilatação dos prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova (CPC, art. 139, VI).

Anote-se, ainda, que com o envio do Projeto de Lei à Câmara dos Deputados, houve a inserção da regra prevendo os negócios jurídicos processuais atípicos, o que provocou o deslocamento do foco da flexibilização procedimental do juiz para as partes⁶⁸. Ao fim e ao cabo, o CPC foi promulgado e sancionado contendo dispositivo com a seguinte redação:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

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

66 A proposta aproximava-se dos critérios defendidos por Fernando da Fonseca Gajardoni para a flexibilização procedimental judicial, quais sejam: a) finalidade (a flexibilização seria autorizada, de modo excepcional, por situações ligadas ao direito material, à higidez e utilidade dos procedimentos e à condição da parte; b) contraditório útil (caracterizado pelo trinômio conhecimento-participação-influência, exigível nos casos em que a variação ritual pudesse de alguma forma prejudicar a parte) e c) a motivação (necessária para permitir o controle do órgão jurisdicional superior). (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, pp. 88-95). Conquanto o dispositivo não se referisse expressamente à necessidade de motivação, a mesma decorre da regra contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

67 Nesse sentido, NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIII, jul. 2014, p. 213. O autor apresenta um completo panorama do processo legislativo acerca do tema.

68 Nesse sentido, Idem, *Ibidem*, pp. 222-223.



Passou-se a admitir, por outro lado, de forma inovadora e ampla, a negociação processual atípica, conforme se constata através da leitura do art. 190, do Código de Processo Civil.

Diante dessa inflexão, promovida no debate legislativo, restringindo sobremaneira os poderes explícitos do juiz no âmbito da flexibilização procedimental atípica e prevendo por outro lado a ampla adaptabilidade procedimental por negociação processual, alguns autores passaram a advogar a tese de que o nosso sistema jurídico não permitiria a flexibilização ampla do procedimento por ato judicial⁶⁹.

Adotamos neste trabalho premissas distintas. Sendo certo que não há no Código de Processo Civil brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos, uma cláusula geral de adaptabilidade procedimental atípica por decisão judicial, constatamos que essa possibilidade advém da sua análise sistemática, atento às suas normas fundamentais e aos demais princípios e regras que o integram, em especial à garantia do acesso efetivo à justiça.

No debate entre a “vontade do legislador” (doutrina subjetivista) e a “vontade da lei” (doutrina objetivista)⁷⁰, existente no âmbito da interpretação do direito, ficamos com esta última, entendendo que a lei, uma vez posta, desprende-se da vontade do legislador e passa a adquirir um sentido próprio, que pode ser identificado a partir das técnicas próprias

69 Paulo Mendes de Oliveira adota esse entendimento, aduzindo que não se pode desprezar a “vontade do legislador” em transferir o principal ator da flexibilização processual da figura do juiz para as partes do processo. Conclui da seguinte forma: “É de se reconhecer, assim, que o modelo brasileiro de flexibilização processual, em consonância com os pressupostos sociais e jurídicos antes analisados, caminha em sentido um pouco diverso daquele seguido pelos sistemas inglês, português e francês, porquanto, apesar de abrir o processo a diversas possibilidades de adaptações por ato do juiz – adiante analisadas – deposita a confiança da *flexibilização atípica* nas partes do processo”. Apesar disso, reconhece que há espaço para a atuação judicial para, em colaboração com as partes, definir o melhor rito procedimental a ser trilhado. Cita, a propósito, a regra contida no art. 327, § 2º, do CPC. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Op. Cit.*, pp. 191-192).

70 Analisando a dicotomia vontade do legislador vs. vontade da lei, Ricardo Maurício Freire Soares destaca que a corrente subjetivista, associada à “vontade do legislador”, é animada pela exigência da estabilidade, ao passo que a corrente objetivista, vinculada à “vontade da lei”, pelo impulso incessante da transformação, “realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica”. Assim conclui a sua explanação: “Desse modo, a doutrina subjetivista sustenta que toda a interpretação é uma compreensão do pensamento do legislador, desde o aparecimento da norma, ressaltando-se o papel do aspecto genético. De outro lado, a doutrina objetivista defende uma interpretação atualizada da norma jurídica, destacando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma vigora e das técnicas adequadas para sua captação no conjunto dos fatos e valores de uma sociedade”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria geral do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 352-355).



da hermenêutica jurídica, notadamente a que preconiza a interpretação de acordo com a Constituição.

Nessa linha de raciocínio, anotamos a advertência de Eros Roberto Grau, para quem, “com a *nova hermenêutica* é também irreconciliável a chamada *interpretação negativa*, que decorre da prescrição segundo a qual o intérprete deve ater-se exclusivamente à interpretação literal do texto ou remeter-se à interpretação dada ao texto pelo legislador”⁷¹.

O mesmo autor, ao tratar da oposição entre tutela da segurança jurídica e da liberdade individual e a função da interpretação no desenvolvimento do direito, acentua que “o processo legislativo termina no momento do texto”, bem como que “a *norma* virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a *interpretação*”⁷².

Voltando ao texto normativo do novo Código de Processo Civil, constata-se que este reduziu o número de procedimentos especiais, passando a incorporar as suas técnicas processuais ao procedimento comum, que se tornou um procedimento adaptável e flexível. A pergunta que se faz é: caso as partes não ajustem mudanças no procedimento ou nas situações jurídicas processuais necessárias à promoção da tutela do direito material e às circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, estaria o juiz impedido de fazê-lo, quedando-se inerte e resignado perante a omissão das partes?

A resposta a esta pergunta deve iniciar com a análise da garantia fundamental do acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV), compreendida como direito à tutela jurisdicional efetiva⁷³. O juiz, como agente estatal a quem incumbe a resolução dos conflitos submetidos à sua apreciação, deve estar comprometido com a sua solução e, nesse sentido, tem o poder-

71 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 31.

72 Idem, *Ibidem*, p. 43.

73 Nesse sentido, com referência à norma constitucional sob exame, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva”. Sumariando a sua tese, afirma o referido autor: “Para resumir, basta evidenciar que há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e preventiva. A compreensão desses direitos depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. *Pensando-se a partir daí, fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu.* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 124-127).



dever de ajustar o procedimento sempre que constatar que as regras previstas não são adequadas para tutelar a situação jurídica de direito material que lhe fora apresentada.

Esse poder/dever do juiz decorre do dever de proteção inerente à dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que vincula não só o legislador, mas também o juiz⁷⁴.

Em outras palavras, de nada adiante um procedimento construído de forma tecnicamente perfeita, atento às necessidades de tutela do direito material, mas que na prática, por diversas razões de ordem fática, não seja adequado à tutela dos direitos pretendida em determinado caso concreto⁷⁵.

Ademais, as normas fundamentais do processo civil, contidas no capítulo introdutório do CPC, conferem às partes “o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º), o que é reforçado no art. 6º, que acrescenta a imprescindível cooperação das partes para alcançar esse desiderato.

O art. 7º, por sua vez, determina que o juiz deve “zelar pelo efetivo contraditório”. Por fim, temos o art. 8º, que consagra a necessária observância do princípio da eficiência.

Tais normas principiológicas, em conjunto, que preveem finalidades a serem alcançadas, carecem de meios para tanto, o que só é possível através de técnicas processuais adequadas, previstas legislativamente ou construídas/adaptadas para o caso concreto.

Além disso, analisando o Código de Processo Civil, constata-se a existência de diversas normas estruturadas sob a forma de cláusulas gerais, ou seja, com textura aberta, “cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito

74 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pp. 152-153.

75 “Mesmo os procedimentos construídos de forma diferenciada em razão das tutelas prometidas pelo direito material não são capazes de atender aos reais motivos que desaconselham um procedimento uniforme e neutro. É que a imprescindibilidade de técnicas processuais diferenciadas não deriva apenas das necessidades do direito material – vistas em abstrato –, mas igualmente do caso concreto, que sempre possui particularidades próprias e específicas. Ou seja, ainda que o legislador edite um procedimento adequado a uma situação de direito substancial, isto jamais bastará para atender às circunstâncias do caso concreto. Não há como confundir uma necessidade de direito material – pensada em abstrato – e as peculiaridades do caso, uma vez que toda situação de direito material é particularizada no caso concreto”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 462)



jurídico) é indeterminado”, havendo portanto, “indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”⁷⁶.

As normas elaboradas segundo tal técnica, ao contrário da técnica casuística (aplicadas mediante uma atividade de subsunção), reclamam uma atividade de concreção por parte do aplicador do direito.

Fredie Didier Jr. aponta, além do “devido processo legal”, as seguintes cláusulas gerais processuais, previstas no CPC: a) cláusula geral de meios consensuais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º); b) cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º); c) cláusulas gerais de cooperação (art. 6º) e de cooperação judiciária (art. 67); d) cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190); e) poder geral de cautela (art. 301); f) cláusulas gerais executivas (arts. 297, *caput*, e 536, § 1º); g) cláusula geral do abuso do direito pelo exequente (art. 805); h) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único) etc⁷⁷.

Essa técnica de elaboração legislativa concorre para que a atuação judicial seja criativa, tendo em vista que a sua atividade não se resumirá a um mero silogismo. Antes demandará uma compreensão de todo o fenômeno jurídico, a fim de concretizar a norma com textura aberta. Abre-se, assim, um amplo espectro para a variação procedimental⁷⁸.

Por fim, temos a importante inovação trazida com a cláusula geral contida no art. 327, § 2º, do CPC⁷⁹, a permitir, na cumulação de pedidos legalmente autorizada (CPC, art. 327, § 1º), o que implica a adoção do procedimento comum, o “emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou

76 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 72.

77 Idem, *Ibidem*, pp. 74-75.

78 Nesse sentido, Fredie Didier Jr., após apontar que o Direito Processual tem sido invadido pelas cláusulas gerais (de forma assistemática, como aponta adiante, fazendo referência ao CPC/1973 e suas sucessivas reformas), destaca, com apoio na doutrina de Heinrich Lehmann, que “o Direito Processual também necessita de ‘normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto’”. (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, n. 12, 2010, p. 123).

79 Identificando esse dispositivo como cláusula geral processual: CERQUEIRA, Táris Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 45; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 725.



mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”.

Assim, respeitado apenas o pressuposto da compatibilidade, a cumulação de pedidos não afasta a adoção da técnica processual especial. Assinale-se, por oportuno, que não se admitirá a cumulação de pedidos na hipótese de procedimentos especiais obrigatórios, não redutíveis ao comum, instituídos em razão de imperativos de interesse público ou com o intuito de proteger o demandado⁸⁰.

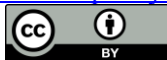
Impende observar ainda a regra contida no art. 1.049, parágrafo único, do CPC, que determina, nos casos em que lei especial se refira ao extinto procedimento sumário, a observância do procedimento comum, “com as modificações previstas na própria lei especial, se houver”. Admite-se, assim, com o trâmite da causa pelo procedimento comum, a adoção das técnicas processuais previstas na lei especial.

Os dispositivos em exame, a par de redimensionarem a relação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais, descortinam importante perspectiva para o desenvolvimento da flexibilização procedimental judicial atípica no direito processual civil brasileiro, possibilitando, respeitado o critério da compatibilidade, o livre trânsito de técnicas processuais entre os procedimentos⁸¹.

Nessa linha de raciocínio, Társis Silva de Cerqueira extrai, da leitura do art. 327, § 2º, do CPC (sozinho ou combinado com parágrafo único do art. 1.049 do CPC), “o *princípio da inter-relação em rede do procedimento comum com os procedimentos especiais* ou,

⁸⁰ Idem, Ibidem, p. 726.

⁸¹ “Dele pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é *adaptável, maleável, flexível*, bem diferente do modelo tradicional; *de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser território propício para a inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é rígido.*” (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 69-70).



simplesmente, *princípio da relação em rede dos procedimentos*”, tratando-se, segundo o referido autor, de norma que ultrapassa os limites de regulação da cumulação de pedidos⁸².

Como se constata, o Código de Processo Civil vigente contém relevante potencial de aplicação de técnicas de variação procedimental, próximas das que se verificam em outros sistemas jurídicos, como o inglês, o norte-americano e o português, que devem ser explicitadas pela doutrina e adensadas pela jurisprudência, cumprindo este artigo o desiderato de demonstrar que o procedimento comum no direito brasileiro, a partir do CPC/2015, não é rígido, sendo, ao contrário, adaptável e flexível, inclusive de forma atípica por decisão judicial.

6. CONCLUSÃO

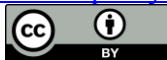
A análise que se fez no presente artigo, dada inclusive a sua limitação espacial, não se pretendeu exaustiva, mas antes intentou lançar luzes à intrincada questão acerca da configuração contemporânea do acesso efetivo à justiça e de que forma este ideal poderá ser atingido com a flexibilização do procedimento.

Compreendemos que o acesso à justiça não pode significar apenas a possibilidade de ajuizamento de uma ação, devendo ainda resultar na concessão, a quem tem direito, da tutela jurisdicional justa, ou seja, em conformidade com as normas de direito material, adequada, efetiva e tempestiva.

Nesse contexto, é de fundamental importância analisar de que forma podem ser compreendidas as relações entre o direito material e o processo, o que examinamos na perspectiva das fases metodológicas do direito processual civil.

A instituição de procedimentos especiais foi a forma inicial com que o legislador pretendeu, à parte algumas deturpações, tutelar adequadamente determinados direitos materiais. Constatamos que, sob a égide do CPC vigente, houve uma inflexão na previsão de procedimentos especiais e a consequente incorporação ao procedimento comum de técnicas processuais especiais.

82 CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais*: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 175.



Além disso, concluímos que a variação procedimental legislativa não é suficiente para abarcar todas as situações em que os ajustes procedimentais se revelam necessários.

Na sequência, a possibilidade de flexibilização procedimental no direito brasileiro foi objeto de análise, excluindo os negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos (CPC, art. 190) e focando, nesta exposição, na flexibilização operada por decisão judicial.

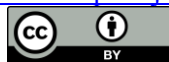
Constatamos que o Código de Processo Civil vigente contempla diversas formas de flexibilização legal alternativa, mediante a previsão de rotas procedimentais distintas, a serem adotadas a depender das circunstâncias do caso concreto, que possibilitam a variação procedimental em diversas hipóteses, em substituição ao roteiro padrão do procedimento comum.

São exemplos de regras desta natureza as que admitem a improcedência liminar do pedido, o julgamento antecipado parcial ou total do mérito, a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, dentre outras. Neste rol, assume especial relevância a norma contida no art. 139, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Por fim, e sendo este o foco principal do presente trabalho, concluímos ser possível a flexibilização judicial atípica, não obstante a ausência, no Código de Processo Civil vigente, de cláusula geral de adaptabilidade do procedimento. Esta assertiva resulta da interpretação sistemática das disposições do Código de Processo Civil, em especial das suas normas fundamentais e dos artigos 139, inciso VI, 327, § 2º e 1.049, parágrafo único, em consonância com a garantia constitucional do acesso efetivo à justiça.

REFERÊNCIAS:

- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- BECKER, L.A. Introdução crítica aos procedimentos especiais. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em:



<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 08.06.2021.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*. v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, pp. 69-102.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais*: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2020.

CERQUEIRA, Társis Silva de. O direito fundamental à adequação procedimental: uma resposta estrutural a uma visão funcionalista do processo. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Gestão de sistemas de justiça e de mecanismos de efetivação de direitos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2021.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* n. 9, jan-dez 2001. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, n. 12, 2010

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15.ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.



- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Disponível em:
<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em 03.06.2021.
- 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.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. (organizadores). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. Volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



-
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, v. 19, n.19. Curitiba: Universidade do Paraná, 1978.
- NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIII, p. 200-228, jul. 2014
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 26, 2006,
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: Da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (organizadores). *Ensaio e artigos*. Volume II. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- PISANI, Andrea Proto. *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2014
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. Volume 208. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012. (versão eletrônica).
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria geral do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.
- SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTR*, Vol. 50, nº 2, fevereiro de 1986.
- ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In. DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, pp. 401-430.