

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL¹

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

Juiz de Direito do TJERJ, Mestre em Processo pela UERJ, Expositor da EMERJ, ESAJ, UCAM, UNESA e FEMPERJ, Membro do IBDP e do ICDP.

Área do Direito: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

Resumo: O presente artigo trata da possibilidade de maior ajuste das fases do processo, permitindo adequar o rito ao caso concreto. Busca, também, examinar o tema dos negócios processuais e os seus requisitos no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: negócio processual-adequação - novo código de processo civil

Riassunto: Il presente articolo discute la possibilità di perfezionare le fasi dei processi, per rendere possibile regolare il rito al caso determinato. Cerco anche di analizzare l'argomento dei rapporti processuali e i suoi requisiti del nuovo codice di procedura civile.

Parole-Chiave: Attività procedurale- adeguatezza- nuovo codice di procedura civile.

1) Introdução

Busco, neste estudo, traçar os elementos basilares pertinentes à adequação procedimental e alguns dos conceitos que gravitam no seu entorno.

¹ Dedico o estudo ao amigo Alexandre Freitas Câmara, quer pelo maravilhoso processualista, quer por seu enorme coração, quer por deixar portas e portas abertas para jovens processualistas cariocas que o seguem. Câmara, meu amigo, obrigado por tudo.

Por outro lado, pretendo tratar dos negócios jurídicos processuais previstos no Novo Código de Processo Civil e a sua mais recente interpretação.

2) Visão panorâmica da adequação procedimental e os seus desafios

Inicialmente, cabe salientar que a flexibilização procedimental não importa na renúncia ou negação à forma; ao contrário, trata-se de uma proposta para que esta seja democraticamente exercitada, tornando o processo espaço de pleno diálogo e reflexões.

A concepção de um modelo procedimental inflexível (único) é tema enfrentado por José Roberto dos Santos Bedaque, repudiando a ideia de procedimento único e rígido, inflexível à realidade do caso concreto:

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo².

Desse modo, a técnica processual é manejada como forma de servir ao direito material e aos fins do processo, ou seja, pela via da adequação, pode-se relativizar o procedimento com olhos voltados para *“emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”*³.

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

3 Vale recordar as lições: “O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins

Quanto maior a participação democrática das partes no processo, com ampla dialética destas, tendo o processo como fecundo campo de valorização do Estado Democrático de Direito, maior legitimidade ganhará a decisão final. Máximas, também, serão as possibilidades de aceitação das partes da decisão final proferida, abalizada pelo diálogo permanente.

Pelo fato de as partes participarem ativamente⁴ da formação dos meios que levam à sentença, a possibilidade de conformação delas com o resultado final é bem mais significativa, obtendo maior aceitação.

Como dito, o processo passa a ser o cenário da máxima dialética democrática, em consonância com a garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, o que, para o Estado e para a evolução social, desponta como valor precioso.

Pretende-se a abolição de atos processuais desnecessários e inúteis, buscando-se a atenuação ou extinção do “*processualismo*”, sendo este o fenômeno pelo qual as questões pertinentes às formalidades ganham tamanha expressão, que acabam colocando de lado o debate relativo ao próprio direito em si, passando este a ser mero coadjuvante do formalismo irracional⁵.

últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173. Neste sentido, leciona Galeno Lacerda: “Isto significa que o Código representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionaram, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizado sempre para a declaração e realização do direito em concreto.” LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema legal de Adequação do Processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976, p. 170.

4 Com a necessária preservação das garantias fundamentais do processo, com ênfase no contraditório participativo, persiste imaculado o devido processo legal.

5 “(...) quando é dada a possibilidade de questionar várias vezes os mesmos pontos e quando esse questionamento pode referir-se a pormenores formais, a discussão sobre os direitos sempre acaba prejudicada”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102-104.

Algumas conclusões merecem o nosso destaque.

Na primeira, como já mencionado, não se quer a abolição do formalismo, indispensável para se coibir a desordem e emprestar previsibilidade ao procedimento; o que se vislumbra é a busca por maior racionalidade com impacto direto no processo, impondo-lhe maior efetividade⁶.

Na segunda, como veremos adiante, cuida-se da adaptação do rito, a qual será norteadada pelo resguardo ao contraditório participativo, bem como a diversas outras garantias processuais, evitando surpresas que afrontem os princípios da lealdade e da cooperação⁷. Além disso, tratando da flexibilização, a efetividade deve caminhar de mãos dadas com a preservação das garantias fundamentais do processo, corroborando a preservação dos valores decorrentes do indigitado Estado Democrático de Direito.

A flexibilização procedimental desponta como instrumento para a prática do princípio da adaptabilidade.

Leonardo Greco, com enorme técnica e brilhantismo, nos indaga:

Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei é atualmente imperativa ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao

⁶ Como já expomos em diversos pontos, o bom direito não pode sucumbir em face de uma exigência de caráter puramente formal. Seria dar maior relevância à forma e colocar o direito material de lado.

⁷ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *In: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2001, n. 21, p. 536.

poder discricionário do juiz?⁸

A exposição do mestre nos leva à reflexão decorrente da divergência ínsita de que o árbitro teria um poder–importância maior de atuação que o do Estado na composição dos conflitos, fato que nos parece fora de propósito se considerarmos o nosso sistema jurídico-normativo.

A flexibilização procedimental⁹ e a sua aplicabilidade ao caso concreto desponta no cenário processual como exigência fundamental para a melhor consecução dos fins do processo, numa visão instrumentalista dele.

Para que tenhamos um processo com resultados satisfatórios, devemos ter como guia a máxima de que uma visão racional do procedimento terá impacto imediato na qualidade do processo, afinal de contas, convivemos com uma enormidade de ritos, cada qual com as suas características e os seus predicados.

O magistrado não deve descolar da realidade fática a sua compreensão e a necessidade das partes, ou seja, quanto mais distante desta, menor será a capacidade do juiz de solucionar o conflito.

Egas Dirceu Moniz de Aragão aduz que a burocracia e os formalismos irracionais distanciam o juiz do litígio, já que, em vez de se concentrarem neste (questão substancial), se prendem a “*quizilas procedimentais criadas pela interpretação e cumprimento das normas*

8 GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 28. O professor apresenta como resposta os *contrats de procédure*, adotados na França com ampliação do espaço de contratualização do processo judicial, sujeitando-se à supervisão do magistrado.

9 O primeiro movimento de flexibilização da forma deu-se pela Igreja no século XIV. Os decretais do Papa Clemente V propunham a substituição do processo tradicional (*o solenis ordo judiciorum*) por um processo menos formal, mais flexível. No Brasil, vigeu um modelo formal, detalhista, escrito e carregado do formalismo religioso. A organização da justiça brasileira imperial, portanto, descende do modelo medieval e carrega um formalismo exacerbado (Liebman, em nota a Chiovenda). Ver: SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126–127.

disciplinares de cada qual destas dezenas de procedimentos”¹⁰.

A espantosa variedade de ritos conduz o aplicador do direito a possíveis equívocos que corrompem e comprometem a busca pela Justiça (direito substancial pretendido), conduzindo o intérprete, em repetidas oportunidades, à eleição de rito incompatível e contraproducente ao resultado do processo.

Ademais, para determinados casos, inexistente rito propriamente adequado a tutelar a pretensão deduzida, notadamente pela divergência temporal entre a evolução da sociedade e a criação da norma jurídica.

Como o processo não existe sem o procedimento, o aplicador é compelido à adoção da mesma forma repetidamente, ainda que esta não se revele adequada, como única via apta para deduzir o seu pleito e solucionar o caso concreto. Obviamente, por melhor que se apresente essa norma abstrata, ela não foi criada para a solução específica daquele caso posto. Certamente, em decorrência dessa lacuna, teremos uma *“roupa curta ou longa demais para aquele corpo”*; por conseguinte deficiências e mazelas surgirão.

Não podemos deixar de observar, também, que, tratando-se de norma de ordem pública, o rito é imposto por força do comando legal para o caso concreto, não podendo a parte optar livremente por outro a ser seguido. Eis, inegavelmente, um enclausuramento procedimental limitador e objetivamente imposto, tendo as partes a obrigação de acatar o rito determinado por força legal, por mais inadequado que seja¹¹.

10 ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, novembro/dezembro, v. 358, p. 54–55. Vale também recordar as lições de Dalmo de Abreu Dallari: “O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo posição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e conformes a essa. (...) Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87-88; 101.

11 “Assinala-se ao sistema da liberdade de forma uma maior celeridade no andamento do processo quando sejam atribuídos poderes ao juiz com esse objetivo, enquanto ao sistema com formalismos predeter-

3) Os desafios a serem vencidos e o novo CPC – os negócios jurídicos processuais

A forma deve ser racionalmente manejada e pensada, afinal, da mesma maneira que a violação aos requisitos legais implica o comprometimento procedimental, maculando os escopos do processo, a vã perseguição da forma como objeto central do processo corrompe o seu regular andamento, como doutrina Bedaque:

A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional¹².

Desse modo, o sistema da legalidade das formas deve ser lido em consonância com a instrumentalidade, como meio de suavizar a sua rigidez, especialmente quando o objetivo do ato é alcançado.

Conseqüentemente, a atuação do julgador não pode ser cartesianamente exercida; mas renovada, dia a dia, conforme clama a sociedade; e a nossa espera pelo julgamento célere e efetivo, doutrinando Nicola Picardi:

Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicitação”, mas é sempre uma continua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de

minados se assaca a sua morosidade por eventualmente se realizarem atos desnecessários, mas fixados na lei. (...) A forma, quando degenere em mero formalismo constitui, aliás, um dos obstáculos a um verdadeiro acesso à justiça, o que contradiz a função do Estado nesta área”. BRITO, Pedro Madeira de. *Aspectos do novo processo civil*. O novo princípio da adequação formal. Lisboa: Lex, 1997, p. 34.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n. 60, p. 94.

uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que, no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão¹³.

Quanto à ordenação formal, o modelo varia, permitindo maior ou menor flexibilização na aplicação do regramento ao caso concreto, podendo, ou não, haver liberdade ao juiz e às partes para modificarem as regras previamente estabelecidas¹⁴.

Temos os sistemas de legalidade e liberdade das formas antagônicos ou complementares entre si?

O sistema da legalidade das formas procedimentais tem regras rigidamente pré-estabelecidas por lei, decorrendo eventual violação normativa na invalidade do próprio ato, de todo o procedimento ou do processo. Esse sistema porta maior segurança jurídica e previsibilidade às partes que nele litigam, já que conhecem todo o rito do início ao fim. A forma revela-se necessária como meio hábil a controlar a atividade estatal, evitando o arbítrio do magistrado na sua atuação e no eventual cometimento de ilegalidades.

Recorro às lições do gênio de Calamandrei, citadas por Leonardo Greco:

13 PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

14 Bedaque doutrina: “A maior flexibilização das nulidades, tornando mais abrangente a possibilidade de convalidação dos defeitos do procedimento, é apontada pela doutrina até mesmo como fator importante na facilitação do acesso à justiça” (Bedaque, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: REPRO. São Paulo: RT, 1990, p. 35).

O juiz avaliaria as peculiaridades de cada caso no momento da sua aplicação, como destacou Giuseppe Chiovenda, citado por Gajardoni: “Se as normas devem ser determinadas pela lei ou devem se deixar determinar pelo juiz em cada caso, segundo as exigências do momento. Na maior parte das leis prevalece o primeiro sistema como o que mais garantias oferece aos litigantes. Certamente, a extensão dos poderes do juiz no tocante à forma é um meio poderoso de simplificação procedimental (...), mas não é possível senão em proporção da confiança que, em determinado momento, inspira aos cidadãos confiança no seu sistema judicial”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

A quarta conclusão é, a meu ver, a exigência urgente de que seja restaurado o respeito ao primado da lei e o consequente e efetivo cumprimento das decisões judiciais pelos juízes e pelo próprio Estado. Como dizia Calamandrei, no seu *Processo e Democracia*, o Estado de Direito exige juízes que julguem em conformidade com a lei, e não juízes que, a pretexto de aplicar a Constituição, deem à lei interpretação inteiramente incompatível com o seu próprio enunciado¹⁵.

Já no sistema da liberdade das formas procedimentais, no qual não há uma ordem legal pré-estabelecida, originando a plena liberdade aos personagens do processo para a prática dos atos processuais, a liberdade procedimental absoluta carrega maior incerteza e insegurança às partes por não ter roteiro pré-estabelecido, ou seja, a sensação de maior insegurança se revela mais acentuada. Com a ampla liberdade, as partes não poderão antever os atos processuais seguintes e preparar-se para eles.

Chegamos à conclusão de que, se, por um lado, temos enormes riscos decorrentes da ampla liberdade, por outro, temos o benefício de vivermos a experiência de ter cada processo individualmente moldado aos contornos reais do caso concreto.

Não existem sistemas totalmente puros, no entanto, entre nós, prevalece o sistema da legalidade das formas procedimentais, denotando preferência pela rigidez.

O nosso grande desafio decorre de fazer uma releitura de tal sistema na incansável busca por uma decisão justa, adequada aos tempos modernos e aos escopos do processo.

Comumente estudamos que normas processuais são regras cogentes e de ordem pública, sendo a disponibilidade delas

15 CALAMANDREI *apud* GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil* – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 33.

excepcionalmente estabelecidas.

Dessarte, pelo fato de o procedimento não ter sido estabelecido individualmente para cada qual dos casos, mas para a atuação de uma função soberana do Estado, os personagens do processo não podem convencionar acerca do rito a ser seguido. Eles não têm o poder de transacionar o rito pré-assentado para resguardo da atuação pública, e por conseguinte, tratamos de procedimento rígido, um método formal previsto em lei.

Com a vinda do novo Código de Processo Civil, este cenário ganha um novo colorido, admitindo a celebração dos chamados negócios jurídicos processuais, permitindo que as partes e o julgador modulem o procedimento à realidade do caso concreto, cravando-o da máxima efetividade, adaptado às necessidades processuais das partes.

Estabelece o art. 191 do Novo Código de Processo Civil, concernente ao tema em questão, a plena possibilidade de as partes negociarem mudanças no procedimento, adaptando-o às suas necessidades e, conseqüentemente, permitindo a melhor resolução do caso concreto marcado pelo ajuste de vontades. O artigo admite a celebração de negócios processuais sujeitos à autocomposição, convencionando com relação a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, em fases pré e processual.

As partes podem estabelecer novos prazos, orientando todo um novo calendário processual, obviamente sujeitando-se à anuência dos personagens processuais, o qual vincula as partes.

Diante desse novo cenário, o IBDP realizou o II Encontro de Jovens Processualistas, estabelecendo uma série de enunciados relativos ao tema “*Negócios Jurídicos Processuais*”, conforme colhemos na Carta de Salvador (com a redação revista pelo IIIFPPC-Rio):

16. (art. 191) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual)

17. (art. 191) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção. (*Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio*)

18. (art. 191) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (*Grupo: Negócio Processual*)

19. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. (*Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio*)

20. (art. 191) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância. (*Grupo: Negócio Processual*)

21. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (*Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio*)¹⁶

Assim, desde o estabelecimento de deveres e sanções, passando pela ampliação e redução de prazos processuais, tempo de sustentação, rateio de despesas processuais, dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, dentre outros, podem ser estabelecidos. Vê-se a primazia da vontade atuando no campo processual, revelando o pioneirismo do nosso Código e o ajuste a valores democráticos, em consonância com os novos tempos.

Com isso, nota-se a clara realidade da adequação do procedimento às necessidades das partes, objetivando a operação do procedimento de forma mais efetiva possível, regida pela vontade das partes e em plena concordância com o valor supremo do devido processo legal.

Novamente, sob a coordenação dos talentosos Professores Didier, Cássio Scarpinella Bueno e Ronaldo Cramer, o tema dos negócios processuais voltou a debate no III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Após longos e cirúrgicos debates científicos presididos pelo talentoso Prof. Bruno Garcia Redondo, dos quais tive a honra de participar, foram aprovados pela plenária os seguintes enunciados:

131. (art. 191) Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 191 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos. (*Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho*)

132. (art. 191) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 191. (*Grupo: Negócios Processuais*)

133. (art. 191, *caput*; art. 200) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 191 não dependem de homologação judicial. (*Grupo: Negócios Processuais*)

134. (Art. 191, § 4º) Negócio jurídico processual

pode ser invalidado parcialmente. (*Grupo: Negócios Processuais*)

135. (art. 191, § 4º) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (*Grupo: Negócios Processuais*)¹⁷

Percebe-se, em alguns dos enunciados, a extensão da flexibilização ao campo trabalhista, a dispensa da homologação judicial, a possibilidade de invalidação parcial do negócio celebrado e a natureza do direito material (não servindo de obstáculo). As propostas buscaram estimular a celebração do negócio processual e expandir o seu campo de aplicação.

Os negócios processuais permitem uma visão mais democrática do processo, como campo de aberto diálogo e máxima comunhão das partes, oxigenando o procedimento. Tal simbiose importa no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processuais, resultando numa prática extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania. Tenho certeza de que os benefícios não são apenas jurídicos, mas sociais, tornando o processo um campo de diálogo efetivo.

Temos diversos outros exemplos de flexibilização no nosso Novo CPC, permitindo a permanente adequação do feito às necessidades das partes, como os artigos 139, V e VI, 444, §2º, 113, §1º, 191, entre outros.

Trabalhando, especificamente, os Juizados Especiais, não nos devemos afastar dos conceitos de celeridade e de informalidade, essenciais e norteadores de todo o procedimento, sendo fatores de operacionalização do acesso à ordem jurídica justa. Assim, resta claro que a flexibilização encontra uma estrada larga quando tratamos de Juizados Especiais, especialmente, reforçada pelo novo Código.

17 III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta do Rio. IBDP. Presidência Teresa Arruda Alvim Wambier. Rio de Janeiro, 25, 26, 27 de abril de 2014. OABfRJ

Todo regramento procedimental se alicerça em uma utilidade, em uma função para a busca do resultado final do processo. Cada ato tem uma função específica nesse processo e objetiva um determinado fim. Desta forma, os negócios processuais devem ser manejados para dar maior efetividade ao processo, preservando as suas garantias fundamentais.

Morello, tratando dos obstáculos ao processo justo, recorda-nos a necessidade do desapego às formalidades excessivas que fulminam a efetividade processual:

Lenta, engorrosa, cara, hecha para el gusto de los operadores jurídicos que manejan sus técnicas sofisticadas y tremendamente formalistas, cuyos pliegues y repliegues – interminables ahogan la materia viva, el contenido de una disputa o controversia que debe merecer la respuesta justa: una solución útil, efectiva¹⁸.

O sistema, ao analisar cada caso, deveria ser uma sequência necessária e concatenada de atos processuais indispensáveis para que o processo caminhasse ao seu fim. A questão surge quando um desses atos se revela desnecessário ou inútil ao caso concreto¹⁹, daí, adequando-se aos requisitos do art. 191 do NCPC, permitem-se as partes modular o procedimento, reconduzindo-o às suas necessidades e à preservação da duração razoável do processo.

18 MORELLO, Augusto M. El proceso justo. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005, p. 714.

19 Ovídio Baptista aponta a existência de uma crença coletiva de que o procedimento ordinário é o guardião absoluto da segurança jurídica, da atividade jurisdicional imparcial e da justiça das decisões finais, como se, pelo procedimento ordinário, chegássemos à verdade completa e real. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131. Contudo, o procedimento ordinário é, por Baptista, duramente criticado pela sua morosidade quando aplicado na prática, ferindo a previsão constitucional da duração razoável na maioria maciça das vezes que aplicado. Da mesma forma, Nicola Picardi alerta: “Na verdade, a discricionariedade é um conceito de relação. A discricionariedade do juiz, em particular, é colocada em conexão indissolúvel com a própria função judiciária. Nas hipóteses em que o juiz deva escolher entre duas ou mais alternativas, igualmente legítimas, deverá tomar a decisão mais oportuna para desempenhar a função reclamada”. PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Do juízo ao processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

Em regra, todos os mandamentos são tecnicamente previstos e estabelecidos em função da sua utilidade para o processo. E se a utilidade do ato não mais persiste? Ou se a sua prática se torna desnecessária, estéril ao processo? Qual a razão lógica da sua prática? Não seria um comprometimento da efetividade processual e da duração razoável do processo a prática de determinado ato processual que se revelasse desnecessário, apenas por exigência formal?

A resposta é dada por Bedaque:

“Em primeiro lugar, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto.²⁰”

Entendo que a resposta foi dada pelo nosso novo Código e pelos dispositivos mencionados aqui.

Assim, o regramento do art. 191 do NCPC dispõe-se a dar total aplicabilidade ao visionário entendimento do professor acima transcrito, sem se distanciar, repito, da necessidade de preservação das garantias fundamentais do processo, atuando no campo exclusivamente negocial.

Francisco Ramoz Mendes, citado por Gajardoni, reforça a

20 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-110.

De igual forma, vale recordar que o CPC de 1939, na sua “Exposição de motivos”, já apontava uma série de justificativas para abolir o formalismo exagerado, democratizando o processo, conforme: “O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.”

obrigação de adaptabilidade do procedimento à realidade do caso concreto, enaltecendo um formalismo–valorativo:

Exatamente por isso, ‘a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização se torna estéril e dissipa os fins do processo’. Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, estas normas não podem ‘substantivar–se, quer dizer, converter–se em fim próprio por si mesmo. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio’²¹.

Não parece razoável admitirmos a convivência com uma medida irracional, morosa, ineficaz e nociva às partes se temos em nossas mãos mecanismos que permitem a flexibilização com o resguardo do processo justo, mediante o contraditório participativo prévio, com a variação procedimental submetida às partes (evitando surpresas), mantendo-se preservada a segurança jurídica, reforçada pela fundamentação analítica das decisões.

Temos como fecundo parâmetro a bem–sucedida experiência portuguesa, reafirmada no novo CPC português de 2013 (art. 265–A do CPC – Lei nº–41f2013), admitindo a adequação formal, desde que preenchidas determinadas condicionantes, como:

- 1) a prévia oitiva dos interessados;
- 2) alteração procedimental fundada e pautada em critérios objetivos norteados pelo direito material;
- 3) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada, retardando o curso processual;
- 4) estabelecimento, em princípio, de uma sequência de atos procedimentais, ofertando um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o acesso à Justiça impõem que se garanta

21 MENDES, Francisco Ramoz *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84.

um conhecimento prévio e efetivo de todo o procedimento que se seguirá;

5) respeito aos demais princípios fundamentais do processo, como: contraditório, ampla defesa, dispositivo, economia processual e fundamentação.

De igual forma, a flexibilização não é algo inédito no nosso ordenamento jurídico. Aplicamos, todos os dias, incontáveis exemplos objetivos e subjetivos de acolhimento da flexibilização do procedimento.

Os novos tempos e a sua complexa rapidez apontam-nos a adaptabilidade como uma ferramenta de ajuste necessário, em plena consonância com a modernidade e a velocidade galopante que a sociedade espera da Justiça.

Conforme já expomos, é impossível que o legislador institua, milimetricamente, todas as hipóteses procedimentais para uma gama infinita de casos concretos e das suas peculiaridades. Por maiores que sejam os avanços tecnológico, social e cultural de uma sociedade, dificilmente venceremos o progresso do tempo e dos novíssimos anseios sociais.

Consoante o registrado, o Direito é uma ciência viva e em plena evolução, carecedora de atuação ativa do magistrado a fim de que o procedimento se adapte às necessidades das partes, situação que destoa de um possível enclausuramento interpretativo. Dessa forma, não está em jogo apenas a possibilidade de adequação da forma ao caso concreto, senão também a independente atuação do julgador em constante diálogo com as partes, e mais, da necessidade de um juiz com olhos voltados à atividade negocial das partes, estimulando-a.

Nossos tempos enaltecem a figura do *“juiz-gestor”*, ou seja, daquele magistrado que efetivamente conduz o processo ao bem-estar social, diferindo do espectador inerte. O juiz tem o papel de zelar pela efetividade do processo; ao procedimento deve ser impelido o ritmo necessário para consecução desse resultado, preservando a duração

razoável do processo e a sua efetividade. Obviamente, não terá o julgador papel de gestor se não tiver mínima liberdade de atuação.

Ficam as lições do professor Daniel Mitidiero, que, com brilhantismo, conclui:

“Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural. O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.²²”

Há um influxo de valores a orientar o desenvolvimento processual, destacando-se a justiça material, trazida ao centro das preocupações do processo. Orientam o seu curso os princípios constitucionais-processuais, como a efetividade do processo (almejando-se a obtenção da adequada e tempestiva tutela jurisdicional) e o contraditório,

22 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007, p. 31-32.

empreendendo-se a busca por um processo justo²³.

Por fim, a recomendação de Bedaque é uma clara conclusão a respeito do tema, mostrando a relevância de uma interpretação procedimental flexível:

“Pelos ideias até agora desenvolvidas, já há condições de estabelecer conclusão quanto à possibilidade de a atipicidade do ato processual ser ignorada. Admite-se a existência de formas estéreis, sem razão de ser, visto que desprezadas de um objetivo maior. Estas devem ser desconsideradas, pois o desrespeito a elas não gera qualquer consequência. Se a forma não tem explicação teleológica, é destituída de fundamento. Exigir seu cumprimento significa render-se a exigências injustificáveis – o que não se coaduna com a visão moderna de processo. (...)”

Além disso, mesmo a não observância daquelas exigências formais mais plenamente justificáveis

23 “Nesta perspectiva, imperioso lembrar que na busca de tomada de decisões no âmbito da racionalidade jurídica deve-se ter em mira uma questão fundamental para a Teoria do Direito no Estado Constitucional, a saber a efetividade do direito. Com apoio em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é possível dizer que, no plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo. Assim, segue o autor, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado. Com efeito, conclui que sob a perspectiva contemporânea do Direito Processual Civil, em especial sob a égide do formalismo-valorativo, há de se pensar o direito como garantia da busca da justiça no caso concreto, da efetividade, empreendendo o processo justo, alçado aos valores constitucionais como um procedimento em contraditório. Constata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo. Assim, pode-se dizer que a contemporânea teoria do direito processual civil intitulada Formalismo-Valorativo vai ao encontro das teorias Lógico Jurídicas, em especial a de Chaïm Perelman trabalhada na parte antecedente, uma vez que resgata a função da racionalidade prática para os embates judiciais e atribui um novo poder-dever ao julgador: a necessidade de trabalhar no caso concreto a efetividade do direito, nos limites da racionalidade, da razoabilidade e no reconhecimento cultural dos preceitos de justiça”. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

pode tornar-se irrelevante se não houver prejuízo ao fim visado pelo legislador. *Prejuízo* está intimamente relacionado com interesse na realização do objetivo processual, seja ele imediato, do ato em si, seja do próprio processo.

Daí porque, muito embora a forma do ato processual seja fator de garantia para as próprias partes, o apego exagerado a ela também constitui óbice à consecução dos objetivos do processo. O sistema da liberdade das formas, se bem compreendido e aplicado, é o mais adequado à natureza instrumental do método estatal de solução de controvérsias.

Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.²⁴”

24 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 435-437.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *In: Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, novembro/dezembro, v. 358.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n. 60.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *In: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2001, n. 21.

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

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. *In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Processual. II Encontro de Jovens Processualistas. Carta de Salvador. 08 e 09 de novembro de 2013. Enunciados aprovados pela Plenária.

IBDP. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta do Rio. Presidência Teresa Arruda Alvim Wambier. Rio de Janeiro, 25, 26, 27 de abril de 2014. OABfRJ.

LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema legal de Adequação do Processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo–valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo–valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.