

Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC

Fernando da Fonseca Gajardoni

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e da Cidadania da UNAERP

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP)

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

RESUMO

O presente artigo trata sobre os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo Código de Processo Civil. Inicialmente serão apresentados os modelos procedimentais, os procedimentos ou ritos no CPC/1973. A seguir serão analisadas as razões que inspiraram a criação de procedimentos especiais e a simplificação formal e ritual no Novo Código, como: a) substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum melhorado; b) fim dos procedimentos especiais cautelares; c) extinção de inúmeros procedimentos especiais; d) manutenção, realocação e inserção de novos procedimentos especiais; e) ressurreição (nova roupagem) de alguns procedimentos especiais. Por fim, discorre-se sobre a flexibilização e déficit procedimental no Novo CPC, partindo em seguida para as conclusões do estudo.

Palavras-chave: Processo Civil. Novo Código. Procedimentos simplificados e flexibilizados.

ABSTRACT

This article deals with simplified and more flexible procedures in the New Code of Civil Procedure. Initially the procedural models will be presented, procedures or rites in CPC / 1973. Then will be analyzed the reasons that inspired the creation of special procedures and formal ritual and simplification in the New Code, as: a) replacement of ordinary cognitive and summary procedures for improved common procedure; b) end of the special precautionary procedures; c) extinction of numerous special procedures; d) maintenance, relocation and insertion of new special procedures; e) resurrection (new guise) some special procedures. Finally, talks up on the flexibility and procedural deficit in the New CPC, starting then to the study's findings.

Keywords: Civil Procedure. New Code. Simplified and more flexible procedures.

1 Modelos procedimentais

Quanto à ordenação formal dos atos no processo (local na série e prazos), o modelo procedimental de um sistema varia conforme maior ou menor flexibilidade na aplicação destas regras ao caso concreto; se há liberdade ou não das partes e do juiz para modificarem essas regras, se afastando do modelo legal previamente previsto; se o regime preclusivo é tênue ou rigoroso, admitindo ou não o retorno a fases processuais já superadas no tempo.

Com base nisso, dois sistemas processuais são conhecidos e indicados pela doutrina no que toca ao procedimento: a) *sistema da legalidade das formas procedimentais*; b) *sistema da liberdade de formas procedimentais*.

No primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento, bem como o prazo para sua prática, se encontra rigidamente preestabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença). Esse sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que oferta ao jurisdicionado, ciente da maneira como se desenvolverá o processo do início ao fim. Mas é burocrático e em muitas ocasiões implica a prática de atos processuais desnecessários ou inadequados à efetiva tutela dos direitos.

Já no segundo sistema não há uma ordem legal preestabelecida para a prática dos atos processuais, tampouco há disciplina legal dos prazos, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado, bem como o tempo para tanto.

Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento. A grande maioria dos modelos procedimentais – como o da até então vigente Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) ou do próprio CPC/1973, ainda em vigor, tende ao sistema da legalidade das formas procedimentais, em que não é permitido às partes ou ao magistrado alterar a ordem ou o prazo para a prática de atos processuais na série.

2 Procedimentos ou ritos no CPC/1973

Exatamente por conta da adoção do modelo da *legalidade das formas procedimentais* no CPC/1973, a doutrina nacional majoritária tem entendido que só a legislação pode promover a calibração dos procedimentos processuais às particularidades subjetivas e objetivas da causa. Por isso, ao Estado compete estabelecer normas que disciplinem os procedimentos levando em conta diversos fatores, que vão desde a busca por uma tutela jurisdicional mais célere até uma melhor proteção a determinadas pessoas ou direitos que, pelo seu valor pecuniário ou social, demandam uma solução de melhor qualidade extrínseca e/ou intrínseca.

Com base nisso e visando essa adequação procedimental, o CPC/1973 criou, conforme o tipo de processo (conhecimento, execução e cautelar), variados procedimentos, assim classificados por puro expediente didático.

No *processo de conhecimento*, o sistema contemplou duas categorias procedimentais: os *procedimentos comuns* e os *procedimentos especiais*. Os primeiros subdividem-se em procedimentos ordinário e sumário (art. 272 do CPC/1973). Os segundos, em procedimentos especiais constantes do CPC/1973 (arts. 890 a 1.102c) e nos constantes de legislação extravagante. A todos se aplicam subsidiariamente as regras do *procedimento comum* ordinário (art. 272, parágrafo único, do CPC/1973).

Já no *processo de execução*, embora o sistema não seja expresso, tampouco a doutrina faça essa classificação, encontramos, também, duas categorias de ritos: *os comuns* e *os especiais*. Integram o processo de execução de rito comum a execução para entrega de coisa (artigos 621 a 631 CPC/1973), a execução de obrigação de fazer e não fazer (artigos 632 a 645 CPC/1973) e a execução por quantia contra devedor solvente (artigos 646 a 729 CPC/1973). Já os procedimentos especiais da execução também se subdividem em procedimentos especiais constantes do CPC/1973 – execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731), execução de alimentos (arts. 732 a 735) e execução por quantia contra devedor insolvente (arts. 646 a 729 e 748 a 786-A) – e procedimentos especiais executivos de legislação extravagante (aqueles não contemplados no Código de Processo Civil), entre outros, a execução fiscal (Lei 6.830/1980) e a execução hipotecária do Decreto-lei 70/1966 e da Lei 5.741/1971.

O *processo cautelar* também tem os seus procedimentos. Ao lado das cautelares de *procedimento comum* (arts. 800 a 804 do CPC/1973) – nominadas (arts. 888 e 889 do CPC) ou inominadas

(art. 798 do CPC) – há, ainda, as cautelares de *procedimento próprio ou especial* (arts. 813 a 887 do CPC/1973), que se diferenciam das primeiras, como todo procedimento especial, exatamente por se submeterem a trâmites específicos e que se revelam total ou parcialmente distintos dos comuns.

3 Razões que inspiraram a criação dos procedimentos especiais

Para todos os tipos de processos, a criação de modelos rituais especiais resulta, ao menos em tese, de particularidades ligadas ao direito material ou à pessoa dos litigantes.

Assim, por exemplo, o legislador, atento ao *diminuto valor do pedido*, criou o procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei 9.099/1995), Federais (Lei 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), onde impera a sumarização e informalidade procedimental; atento ao *interesse público* em jogo criou o procedimento especial da desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941), com possibilidade de imissão do poder expropriante na posse do bem liminarmente; atento à tutela do *próprio direito à vida* criou o procedimento especial da ação de alimentos (Lei 5.478/1968), que permite a concessão de tutela antecipatória com requisitos muito mais tênues que os do art. 273 do CPC/1973; atento à *qualidade especial das partes* quadruplicou todos os prazos de resposta das Fazendas Públicas (art. 188 do CPC), bem como modelou um procedimento executivo por quantia específico contra o Estado (art. 730 CPC/1973); e atento, simplesmente, à *incompatibilidade lógica do procedimento comum com a execução coletiva*, criou o procedimento especial falimentar (Lei 11.101/2005).

Há alguns procedimentos especiais, entretanto, que, apesar de previstos na legislação civil em vigor, efetivamente não tinham mais razão de existir, seja porque poderiam perfeitamente ser tutelados pelo procedimento comum (sem prejuízo algum ao direito ou das partes em litígio), seja porque, com a possibilidade, desde 1994, de concessão de liminares antecipatórias genéricas (art. 273 CPC/1973), não havia mais sentido para que continuassem especiais. Listem-se, como exemplos, os procedimentos especiais da ação de anulação de títulos ao portador (arts. 907 a 913 CPC/1973), da ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940 CPC/1973), da ação de usucapião (arts. 941 a 945 CPC/1973), entre tantos outros.

Seja como for, é de se reafirmar que, como nosso sistema vigente é adepto da *legalidade das formas procedimentais*, pre-

valece atualmente o entendimento de que não é dado ao juiz, à míngua de previsão legal específica, ignorar os procedimentos especiais inutilmente previstos – deixando de aplicá-los conforme a constatação de falta de racionalidade lógica na sua criação –, tampouco pode o magistrado, percebendo a ausência de tutela ritual adequada a determinado bem ou pessoa, adaptar ou criar procedimentos conforme as particularidades da causa.

4 Os procedimentos no Novo CPC (Lei 13.105/2015)

No Novo CPC são promovidas alterações profundas no regime procedimental do CPC/1973, com manifesta simplificação dos ritos e, principalmente, com uma tentativa de se mitigar, ao menos parcialmente, a adoção, pelo sistema, do *modelo da legalidade das formas procedimentais*, permitindo-se ao juiz e às partes, diante do déficit procedimental, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (*flexibilização procedimental*).

5 A simplificação formal e ritual no Novo CPC

Como um dos motes anunciados pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Novo CPC era a *simplificação*, não parece estranho que um dos principais campos para o exercício dessa tarefa fosse a seara dos procedimentos.

Afinal, é voz corrente no foro e na academia que os procedimentos do CPC/1973, de um modo geral, são lentos e burocráticos, sendo imperiosa, portanto, uma completa reestruturação para, sem renúncia aos direitos e garantias constitucionais, permitir que o processo alcance o maior resultado no menor tempo possível.

Por exemplo, sabe-se que o procedimento cognitivo sumário do CPC/1973 – apesar de ser um plenário rápido (GUILLÉN, 1953, p. 46) – acaba, no mais das vezes, por ser mais lento que o próprio procedimento ordinário (FIGUEIRA JR.; LOPES, 1997, p. 35), isso por conta da necessidade de pauta judicial livre para a realização de audiência de conciliação logo no início do procedimento (art. 277 e 278 do CPC/1973).

Sabe-se, também, que o modo formal – quase solene – do processamento de certos incidentes processuais (exceções de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita etc.) e de demandas contrapostas (reconvenção) prejudica profundamente a tutela dos direitos (BEDAQUE, 2005, p. 417-433).

E, por fim, a quase nenhum operador jurídico é lícito negar que o excessivo número de procedimentos especiais cognitivos e cautelares – muitos deles, como já apontado, criados sem sentido lógico algum – acaba por confundir a própria presteza e efetividade da Justiça (ARAGÃO, 2004, p. 205).

Por isso o Novo CPC investe fundo na questão da simplificação formal e ritual do sistema, eliminando empecilhos puramente formais, sem sentido prático ou lógico, e reprojetoando, com algumas melhorias, os ritos processuais, os quais doravante pretendem efetivamente servir ao que se prestam: garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil.

5.1 A substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum

O Novo CPC propõe – em boa hora – o fim dos procedimentos cognitivos *sumário* e *ordinário*, fundindo-os em uma figura única e híbrida denominada *procedimento comum*.

Cria-se, assim, um procedimento misto – doravante nominado simplesmente de *procedimento comum* (art. 318 CPC/2015) – com a tentativa de fusão do que havia de melhor nos dois procedimentos substituídos, potencializando-os, ainda, através de pequenos ajustes que podem – com o correspondente empenho dos operadores jurídicos e estruturação das unidades judiciárias – fazer com que os processos sejam concluídos rapidamente em 1º grau de jurisdição.

Ampliam-se as hipóteses de improcedência liminar do pedido (*julgamento antecipadíssimo do mérito*), para abarcar – além da prescrição e decadência (art. 332, § 1º, CPC/2015) – as situações de pretensões fundamentadas em matéria exclusivamente de direito e contrárias a: a) decisões do STF ou STJ, proferidas em julgamento de recursos repetitivos ou súmulas; b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (art. 332 do CPC/2015); c) enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local. Lamentavelmente, foi excluída a hipótese atual de julgamento liminar de improcedência das causas repetidas em 1º grau (art. 285-A CPC/1973), algo que contraria o ideário sempre defendido pela doutrina (mas não pela comissão de juristas que apoiou os trabalhos junto à Câmara dos Deputados), de que é necessário o fortalecimento dos juízes de primeira instância.

Insera-se, logo na fase inicial do procedimento e antes da resposta do réu, uma audiência de conciliação – de comparecimento pseudocompulsório (sob pena de multa – art. 334, § 8º,

CPC/2015) – a ser realizada por conciliadores e mediadores em pauta distinta da do juiz (art. 334 do CPC/2015), a qual só será dispensada se ambas as partes declararem expressamente seu desinteresse no ato; o autor na inicial e o réu nos 10 (dez) dias que antecedem a audiência (art. 334, § 4º, CPC/2015). Embora plenamente justificada a opção do Novo CPC – vez que experiências reais (Projeto de Gerenciamento de casos do TJ/SP) revelam o quão útil para os fins autocompositivos é a realização de audiência de conciliação/mediação, através de corpo de mediadores/conciliadores autônomos, logo no início do rito (GAJARDONI; ROMANO; LUCHIARI, 2008, p. 18/42) –, a realização de audiência a contragosto de uma das partes não parece ter sido a melhor opção, mormente porque violadora do princípio da autonomia da vontade (vetor máximo em tema de autocomposição).

Extingue-se a diferenciação inútil que existia entre a forma de arguição da incompetência absoluta e relativa existente no CPC/1973, a primeira por preliminar de contestação (art. 301, II, CPC/1973) e a outra por exceção ritual autônoma (arts. 112, 114 e 307 CPC/1973). Doravante ambas as incompetências poderão ser arguidas por preliminar de contestação (art. 64 do CPC/2015) – conforme, inclusive, já vem sido admitido por jurisprudência mais progressiva – simplificação esta que também foi estendida para os atuais incidentes autônomos de impugnação ao valor da causa (art. 261 CPC/1973) e impugnação dos benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei 1.060/50), os quais se farão, da mesma forma, em preliminar de contestação (art. 337, III e XIII, CPC/2015).

Permite-se ao réu no novo *procedimento comum* – tanto quanto hoje já é permitido para o procedimento sumário (art. 278, § 1º, CPC/1973) e para alguns procedimentos especiais (v.g. art. 922 CPC/1973) – a possibilidade de formular reconvenção na própria contestação, independentemente de petição autônoma (art. 343 do CPC/2015). Lamentavelmente, não se suprimiu, de vez, a figura da reconvenção (como era a ideia originária do art. 326 do projeto aprovado originariamente no Senado), relegando o instituto para a história do processo civil brasileiro.

Aliás, pelo seu vasto conteúdo (exceções de incompetência, pedido contraposto etc.), a contestação – a ser apresentada, regra geral, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do insucesso da audiência de conciliação (art. 335 do CPC/2015) – deveria ser renominada no CPC/2015 para *resposta*, nomenclatura muito mais adequada para indicar o que ela realmente representa.

Permite-se a emenda da inicial após a contestação – em verdadeira manobra de salvamento do processo – nos casos em que

alegada ilegitimidade passiva (art. 338 CPC/2015), dando-se fim à rara figura existente no CPC/1973 da nomeação à autoria (art. 62 e ss. do CPC/1973); extingue-se a declaratória incidente, passando-se as questões prejudiciais a serem alcançadas pela coisa julgada independentemente de provocação da parte (art. 503 CPC/2015); faculta-se ao advogado – a bem da aceleração dos procedimentos – promover diretamente, pelo correio, a intimação do advogado da outra parte (art. 269, § 1º, do CPC/2015), algo que, apesar do avanço, ainda é pouco frente à experiência do direito comparado que permite, inclusive, a citação extrajudicial da parte; reduz-se o prazo em quádruplo da Fazenda Pública (art. 188 do CPC/1973) para o dobro – diminuição compensada pela nova regra de que na contagem dos prazos só se contarão os dias úteis (art. 219 do CPC/2015) –, com duvidoso ganho na celeridade processual (art. 183 do CPC/2015); condiciona-se, na esteira do que já semelhantemente ocorre no processo do trabalho, a oitiva das testemunhas arroladas ao comparecimento espontâneo ou à prévia a intimação extrajudicial (art. 455 e §§ do CPC/2015); extingue-se a audiência preliminar do atual art. 331 do CPC/1973, obviamente compensada pela audiência inaugural de conciliação, admitindo-se, todavia, a designação de audiência para fins de saneamento compartilhado em casos de maior complexidade (art. 357, § 3º, CPC/2015); permite-se a realização de perícias extrajudiciais em determinadas hipóteses (art. 472 do CPC/2015); entre tantas outras pequenas inovações com grande impacto no procedimento processual, especialmente no tempo.

É de se lamentar, apenas, que haja no Novo CPC regra a determinar o julgamento dos processos por ordem cronológica de conclusão (art. 12 do CPC/2015). Apesar das inúmeras exceções legais constantes do próprio dispositivo (§ 2º) – as quais nunca serão suficientes frente à riqueza das situações do foro –, fato é que todos os ganhos procedimentais havidos com a simplificação formal e ritual dantes alinhavados podem ser perdidos quando se determina que processos mais simples tenham que ficar na fila aguardando o julgamento de casos mais complexos. Fico eu a pensar um caso de simples alvará para liberação de valores salariais deixados por pessoa morta, que aguardará dias ou meses o julgamento de um inventário mais complexo, ou talvez de uma ação de improbidade administrativa de 16 volumes. Regra sem nexo e sem lógica, que depõe contra o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF (GAJARDONI, 2014).

É lamentável, também, a supressão da boa regra que havia nos artigos 296 e 325, parágrafo único, do projeto do Senado,

no sentido de que, para todas as causas não regidas por *procedimento especial*, a petição inicial e a contestação (art. 325, parágrafo único, do projeto originariamente votado no Senado) já deveriam vir acompanhadas com o rol de testemunhas não superior a 05 (cinco). Acabou ficando na lei a regra de que o rol deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias a partir do saneamento (art. 357, § 4º, do CPC/2015). A utilização da regra do atual procedimento sumário (arts. 276 e 278 CPC/1973) eliminaria uma etapa morta atualmente existente no procedimento ordinário (arrolamento de testemunhas – art. 407 do CPC/1973) e permitiria às partes, ainda na fase postulatória, se precaverem quanto à idoneidade das testemunhas para fins de futura contradita em audiência, algo que, efetivamente, potencializa a garantia constitucional da ampla defesa.

5.2 O fim dos procedimentos especiais cautelares

Conforme já postulávamos em sede acadêmica (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2010, p. 143), extinguiram-se os procedimentos cautelares típicos ou nominados (arts. 813 a 888 CPC/1973) – *não a tutela cautelar, como apressadamente têm apontado alguns* – adotando-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) para que a providência pleiteada seja deferida, seja qual for sua natureza (cautelar ou satisfativa). Ou seja, tutelas conservativas, sem exceção, são apreciadas e deferidas à luz do poder geral de cautela do juiz.

Deu-se, também, cabo à autonomia procedimental das cautelares incidentais – algo que já não mais fazia sentido após o advento do art. 273, § 7º, do CPC/1973 – conservando, apenas, o procedimento cautelar autônomo para as medidas cautelares antecedentes (art. 303 do CPC/2015).

Reorganizaram-se as tutelas sumárias – com enormes vantagens didáticas e procedimentais – dividindo-as nas modalidades de *tutela de urgência* (cautelar e satisfativa) – sempre fundada no *periculum in mora* – e *tutela da evidência* (art. 294 e ss. do CPC/2015).

Conforme exposição de motivos do anteprojeto, deixou-se

clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do

eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. As tutelas de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.

5.3 A extinção de inúmeros procedimentos especiais cognitivos

Com propriedade, muitos procedimentos especiais foram extintos pelo Novo CPC, vez que não havia mesmo razão lógica ou jurídica para que continuassem a existir, ainda mais quando no anteprojeto do Novo CPC se permitia – em disposição que, posteriormente, foi objeto de parcial alteração no substitutivo do Senado (art. 118, V) – ao juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa (*flexibilização procedimental*) (art. 107, V, do projeto originariamente votado no Senado).

De fato, conforme lançado na exposição de motivos do anteprojeto,

já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial, vez que as características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum.

Deu-se fim à ação de anulação e substituição de títulos ao portador (arts. 907 e ss. CPC/1973). Primeiro, porque, como regra, a emissão de títulos ao portador não é admitida no sistema (Lei 8.021/1990 e art. 907 do CC/02). E segundo, porque já era plenamente possível a obtenção da posse do título ou sua anu-

lação e substituição através do procedimento comum, inclusive de modo liminar (art. 273 do CPC/1973 e art. 294 e ss. do CPC/2015). Assim, não havia mesmo nenhuma especialidade, seja do ponto de vista das partes, seja do ponto de vista do direito material, a justificar a manutenção desse procedimento especial no sistema.

O procedimento especial da ação de usucapião de imóveis (art. 941 e ss. CPC/1973) é extinto, com a criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual se provocam todas as pessoas incertas a intervir na medida de seus interesses (art. 259 do CPC/2015). Não fazia sentido a manutenção do rito especial da usucapião, vez que após a fase de citação o feito passava mesmo a seguir o rito comum. A única particularidade mesmo era a citação dos confrontantes e dos terceiros interessados, algo devidamente suprido com o procedimento edital no CPC/2015. Com a mudança, todas as ações de usucapião, inclusive as regidas por lei própria (art. 14 da Lei 10.257/2001), passarão a ter o rito comum, vez que extintos os ritos especial e sumário do CPC/1973.

Manteve-se no Novo CPC a ação de exigir contas (art. 915 CPC/1973 e art. 550 do CPC/2015), que devido ao procedimento bifásico demanda mesmo um procedimento diverso do comum. Foi extinta, entretanto, a ação de dar contas, com regência atual pelo art. 916 do CPC. A opção foi desacertada. Era conveniente a manutenção da natureza dúplice da ação de dar contas, com possibilidade de declaração de saldo credor a favor da parte demandada independentemente de pedido. Como não mais haverá regência especial da medida, a natureza dúplice do procedimento de dar contas pode restar comprometida pela impossibilidade de aplicação do art. 552 do CPC/2015 (atual art. 918 do CPC/1973), o que é preocupante. Melhor que se tivesse mantido junto aos procedimentos especiais tal medida.

5.4 A manutenção, realocação e inserção de novos procedimentos especiais cognitivos

Por outro lado, foram mantidos no Novo CPC os procedimentos especiais mais úteis e que, em razão de particularidades relacionadas às partes ou ao direito debatido, ou mesmo da incompatibilidade lógica de serem tutelados pelo procedimento comum (procedimentos especiais infungíveis), mereciam mesmo uma tutela procedimental diferenciada: a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, inventário e partilha,

embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

O Novo CPC, adequadamente, realocou os procedimentos especiais que sobejaram no livro que trata do processo de conhecimento (livro I da parte especial), já que, apesar de possuírem certa carga cautelar e executiva, indubitavelmente, têm preponderante carga cognitiva. Corrige-se, com isso, uma grave falha do CPC/1973, que criara um livro autônomo para o tratamento dos procedimentos especiais (livro IV), como se fossem processos especiais distintos do processo de conhecimento.

Não houve, de um modo geral, alterações impactantes nos procedimentos especiais preservados, mas apenas mudanças pontuais. A destacar, apenas, o procedimento especial de dissolução parcial de sociedade – que no modelo ainda vigente segue as regras do CPC/39 (art. 1218, VII, CPC/1973 c.c. 655 e ss. do CPC/39) –, o qual foi completamente aperfeiçoado e reinserido entre os procedimentos especiais constantes da legislação que, doravante, se verá em vigor (art. 599 e ss. CPC/2015).

Transferiu-se a disciplina da oposição (art. 56 e ss. do CPC/1973) para junto dos procedimentos especiais (art. 682 e ss. CPC/2015), mudança de duvidosa utilidade prática ou teórica, especialmente porque desprovida de qualquer alteração nas regras gerais.

Perdeu-se uma fantástica oportunidade de simplificar o procedimento do inventário/arrolamento (art. 982 e ss. do CPC/1973 e art. 610 e ss. do CPC/2015), certamente um dos mais lentos, burocráticos e dispendiosos procedimentos em curso no Judiciário brasileiro. Poderia o código projetado ter ousado um pouco mais e extrajudicializado, de vez, o procedimento do arrolamento, tornando *obrigatória* a sua realização na esfera extrajudicial.

Inseriu-se no Novo CPC, todavia, um capítulo próprio para disciplinar – de modo bem genérico, diga-se – o processamento das ações de família (693 do CPC/2015), basicamente para incentivar a prática da conciliação/mediação, inclusive determinando que o réu seja citado sem cópia da inicial (o que torna o dispositivo um dos primeiros a ser objeto de possível afirmação de inconstitucionalidade).

5.5 A ressurreição (nova roupagem) de alguns procedimentos especiais

5.5.1 Ação de depósito

Desde que o STF declarou a inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, o contrato e a ação de depósito (art. 627 e ss. do CC/2002) perderam seu prestígio. Sem a possibilida-

de de ser cominada a prisão para aquele que não deposita, no prazo legal, a coisa ou o seu equivalente em dinheiro, o manejo da ação de depósito do CPC/1973 (art. 901 e ss.) foi substituído pelo da execução do contrato (título extrajudicial). Como a ação de depósito, sem a possibilidade de prisão do depósito infiel, costuma não alcançar a tutela específica desejada (entrega da coisa), a execução direta do valor do bem depositado e perdido acaba por abreviar a eventual (e improvável) obtenção das perdas e danos, tornando desnecessária a própria previsão da ação de depósito – ao menos tal como regulada atualmente – entre os procedimentos especiais do CPC.

Boa parte dessa ineficácia da ação de depósito no pós-súmula vinculante nº 25 se deve à inexistência, no CPC/1973, de dispositivo que permita ao juiz a rápida apreensão do bem depositado, antes do julgamento da ação de depósito. Não há, como há no DL 911/69 (busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente) e no art. 1.071 do CPC/1973 (busca e apreensão de bens vendidos com reserva de domínio), permissão legal para a tutela imediata da evidência do inadimplemento, autorizando que, antes da citação do depositário e independentemente do risco de desvio ou destruição da coisa depositada (*periculum in mora*), se determine a sua imediata busca e apreensão e a entrega nas mãos do credor/depositante. Para que isso ocorra no regime do CPC/1973, é indispensável que o depositante comprove o risco de desvio ou destruição da coisa depositada, na forma do art. 273, I, do CPC/1973 (tutela antecipada de urgência).

Essa diferenciação de tratamento entre credores resguardados pela garantia fiduciária ou reserva de domínio e outros credores de obrigações de entrega nunca convenceu. Em que pese a diferença material entre as situações, não há diferença, do ponto de vista lógico, entre quem aliena fiduciariamente bem em garantia ou com reserva de domínio e aquele que recebe coisa em depósito: todos têm a obrigação legal de entrega no caso de inadimplemento do financiamento ou do contrato de depósito. Não há justificativa jurídica, portanto, para que o processo seja eficiente e funcional para alguns credores de obrigação de entrega (geralmente instituições financeiras) e não seja para outros.

O Novo CPC, corretamente, suprime o ineficaz procedimento especial da ação de depósito (art. 901 e ss. CPC/1973), amputado que já estava da prisão pela infidelidade do depósito (súmula vinculante nº 25). Mas, paradoxalmente, faz renascer como a Fênix, mais forte, a ação de depósito, agora pelo rito comum.

Estabelece o art. 311, III, do CPC/2015 que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Nesses casos, será decretada, liminarmente, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

O dispositivo recupera o prestígio do depósito. Dota-se a tutela processual do depositante de maior eficácia, através de instrumento processual bastante hábil, equivalente à busca e apreensão do DL 911/69 ou do art. 1.071 do CPC/1973. Desde que haja prova documental do contrato de depósito (a prova literal referida no art. 902 do CPC/1973), possibilita-se a imediata retomada da coisa. E, indo até mais além do que o DL 911/69, se estabelece que a ordem de entrega do bem (busca e apreensão) se dará, inclusive, sob a cominação de multa (astreinte).

Tem-se aqui – como já se tinha na busca e apreensão do DL 911/69 e no art. 1.071 do CPC/1973 – típico caso de tutela da evidência (ou do direito provável), a dispensar qualquer perquirição sobre risco de desvio ou destruição da coisa pelo depositário. O direito se mostra tão evidente ante a prova do depósito que, pela lógica do sistema, não faz sentido privar o autor de tutela imediata (embora ainda dependente de confirmação na sentença final). Com a ordem liminar de busca e apreensão do bem, distribui-se de modo mais justo o tempo do processo, fazendo com que aquele que aparenta não ter razão (o depositário infiel) acabe por suportá-lo.

Trata-se de excelente inovação do Novo CPC. Ressuscita-se a ação de depósito em nova roupagem, fora dos procedimentos especiais, e permite-se que, doravante, as partes contratem o depósito cientes de que, em caso de descumprimento da obrigação de entrega, há uma resposta imediata do sistema processual para o inadimplemento.

5.5.2 Ação monitoria

A ação monitoria, incorporada ao Código de Processo Civil vigente no ano de 1995 (lá se vão quase 20 anos), não produziu os efeitos esperados, sendo que sequer, com o devido e merecido respeito, fez jus a toda a produção doutrinária e jurisprudencial ao seu redor.

O insucesso da ação monitoria é tributável a diversos fatores: a) à nossa cultura de litigiosidade, que não tem a isenção das custas e honorários como indutor suficiente ao cumprimento espontâ-

neo da obrigação (artigo 1.102-C, § 1º, do CPC/1973); b) à possibilidade de uma moratória pela via judicial, decorrente da própria demora no processamento e na decisão dos embargos ao mandado monitório; c) ao fato de que a sentença dos embargos à ação monitória, tal qual modelada pelo CPC/1973, desafia recurso de apelação dotado de efeito suspensivo (art. 520 do CPC/1973); e d) à possibilidade de apresentação, para os casos de conversão *ex vi legis* do mandado monitório em título executivo judicial (art. 1.102-C do CPC/1973), dos embargos pelo devedor sem limitação do âmbito de cognição (tal como se se tratasse de execução de título executivo extrajudicial) (OLIVEIRA JR.; GAJARDONI, 2015).

Em nossa experiência, sem pretensão de universalizar a percepção, a fracassada ação monitória do CPC/1973 obstaculiza a efetiva satisfação do direito, inclusive pelas diferentes e variadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o procedimento suscita. Uma breve pesquisa no site do STJ com o tema “ação monitória” apontará milhares de julgados relacionados ao instituto (alguns de somenos importância prática).

No novo Código, a ação monitória quase ficou pelas beiradas. Ela foi suprimida em várias fases do trâmite legislativo e só na fase final do tramitar tornou ao texto legal.

Não havíamos ficado ressentidos com a eliminação da ação monitória nas versões iniciais do Novo CPC, tampouco entusiasmados com seu reingresso, ainda que: a) aumentado seu escopo para abranger todo e qualquer tipo de obrigação; e b) admitida a possibilidade de a prova escrita ser constituída por prova oral produzida antecipadamente (artigo 700, § 1º, do CPC/2015).

Nada obstante, o desalento inicial com a ação monitória foi superado pelo conjunto da obra, isto é, pelas potencialidades da técnica frente ao processo comum estruturado no texto aprovado do Novo CPC.

Sem saber ao certo se as alterações implementadas foram voluntárias, ao fim e ao cabo das discussões legislativas, a nova ação monitória, na perspectiva do credor, passou a apresentar duas vantagens sobre o procedimento comum: a) um atalho ritual; e b) a produção de sentença dotada de eficácia imediata.

Na nova ação monitória, diferente do procedimento comum, o réu já é citado para pagamento, com a possibilidade de oposição dos embargos monitórios (artigos 701 e 702 do CPC/2015), sem que se realize a audiência prévia de conciliação (artigo 334 do CPC/2015), esta que protraí, ainda adiante, o momento para apresentação de defesa (artigo 335 do CPC/2015).

Logo, o credor pode utilizar da ação monitória para abreviar o procedimento de cobrança dos seus créditos.

Demais disso, e com resultado prático muito mais relevante, a ação monitória resultará em provimento jurisdicional imediatamente eficaz, não submetido ao efeito suspensivo automático da apelação (*ope legis*).

Durante a tramitação do Novo CPC, muito se discutiu a respeito de se tornar as sentenças imediatamente eficazes, passíveis de serem coarctadas somente por decisão do órgão recursal (efeito suspensivo *ope iudicis*).

Porém – infelizmente –, prevaleceu a perversa lógica atual do sistema (art. 520 do CPC/1973), como retratado no artigo 1.012 do CPC/2015, conquanto tal dispositivo expresse a possibilidade de a sentença produzir imediatamente seus efeitos nas “hipóteses previstas em lei” (artigo 1.012, § 1º).

Ocorre que o artigo 702, § 4º, do Novo CPC, diferentemente do atual artigo 1.102-C do CPC/1973, determina que os embargos monitórios somente suspendem a ação monitória até o julgamento de primeiro grau, de modo que, rejeitados os embargos monitórios, também por aplicação do § 8º do artigo 702 do Novo CPC, o título executivo judicial resta formado, prosseguindo-se imediatamente o cumprimento de sentença, com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo pelo órgão *ad quem* (artigo 1.012, § 3º).

A apelação, conseqüentemente, não será dotada de efeito suspensivo automático e, raciocínio diverso, com as vênias de estilo, erigiria uma manifesta contradição no novo sistema processual.

Posta assim a questão, a ação monitória do Novo CPC apresenta-se como técnica processual diferenciada de inegável valor, tanto por abreviar seu rito, quanto, e principalmente, por não ficar automaticamente suspensa pelo início da fase recursal. Talvez agora possa ela justificar parte das expectativas que animaram sua incorporação no ordenamento pátrio em 1995.

6 Flexibilização e déficit procedimental no Novo CPC

A mais interessante (e polêmica) proposta procedimental apresentada pela Comissão responsável pela elaboração do Novo CPC, entretanto, tinha a ver com a expressa adoção, em nosso sistema, do *princípio da adequação formal*, ou, como temos preferido, do princípio (ou padrão) da *flexibilização* (judicial) *do procedimento* (GAJARDONI, 2007).

De fato, conforme letra do art. 107, V, do anteprojeto original do Novo CPC, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições

da lei, incumbindo-lhe “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”.

Tal norma ainda era complementada pela redação do art. 151, § 1º, do anteprojeto, a dispor que “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”.

Se por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isso, os procedimentos passariam a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais (linha, aliás, seguida pelo Novo CPC) –, por outro se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, fosse perdido o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

6.1 Procedimento rígido como regra de ordem pública

Diz a doutrina corrente que as normas de direito processual, como regra, são de ordem pública e cogentes, especialmente se tratantes de forma ou de prazos, sendo a dispositividade a mais absoluta exceção (MIRANDA, 1958, p. 50/51).

E assim é porque o procedimento, no direito processual eminentemente publicístico como o atual, atende, sobretudo, a interesses públicos. Não foi instituído, como regra, para favorecer ou para beneficiar as partes, tampouco para contemplar a comodidade de alguma delas. O interesse envolvido na criação de procedimentos, especialmente de cunho sumário ou especial, parece, sobretudo, atender a um reclamo estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional mesmo, um rendimento maior. Portanto, o procedimento ou o rito não é objeto possível de convenção das partes, de transigência ou de renúncia delas, mesmo que ambas e também o juiz estejam completamente concordes quanto a isso (PASSOS, 1983, p. 31).

Decorre daí não haver como a parte ou juiz, conforme sua conveniência pessoal, dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para eles, mas sim para a atuação de uma

função soberana do Estado. Esse é o modelo seguido pelo CPC/1973 vigente.

6.2 Procedimento rígido como fator de segurança e previsibilidade do sistema

Desde Montesquieu (1973, p. 29) já se ouve referência de que “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade”, pois, sem elas, não há como se controlar a atividade judicial, evitar o arbítrio e tampouco se permitir um processo com julgamento justo.

Por isso, o legislador, no intuito de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos das muitas pessoas interessadas nelas, alçou algumas exigências técnicas a regras legais e subordinou a eficácia dos atos processuais à observância dos requisitos de forma (LIEBMAN, 1985, p. 225).

Entre as funções desse formalismo nominado procedimento, estaria emprestar previsibilidade ao processo e disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado (OLIVEIRA, 1997, p. 6/7).

Tais regras procedimentais, para cumprirem seu papel eminentemente garantista – ao menos de acordo com a doutrina dominante –, devem ser rígidas, pois a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, além de risco à celeridade.

Por isso, os atos processuais que compõem o rito processual, de acordo com referida parte da doutrina, devem estar previstos expressamente em lei, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento são o que confere à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis (DINAMARCO, 1996, p. 127).

6.3 Flexibilizando a rigidez do procedimento sem perder a previsibilidade e segurança do sistema

O desenvolvimento dos atos processuais não é livre e espontâneo, senão regrado e organizado em preceitos predeterminados. São as normas de procedimento as que submetem a disciplina do processo, sinalizando os preceitos a utilizar, estabelecendo a ordem das atuações, medindo em unidades de tem-

po sua direção. Todas essas regras são técnicas, quer dizer, vêm concebidas em função de sua utilidade para o processo.

Exatamente por isso “a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização torna estéril e dissipa os fins do processo” (MENDES, 1986, p. 340). Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, essas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmas. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio.

Ocorre que, pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento, **como regra**, só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material **por força de disposição legal**, cujo processo legislativo demanda espera incompatível com a ânsia pela tutela adequada.

Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimos de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio.

Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita.

Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, *basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham (GAJARDONI, 2007, p. 85).

Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório útil, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.

O estabelecimento de regras procedimentais por lei genérica impede as adequações rituais conforme o direito material a ser objeto de tutela. Isso ocasiona (como no nosso sistema até então vigente) a proliferação de dezenas de procedimentos especiais, também incapazes de se adaptarem às circunstâncias do litígio em si, pois, em uma sociedade moderna, os conflitos pululam em uma velocidade não acompanhada simultaneamente por alterações legislativas e implementação de ritos especiais.

Esse é o motivo pelo qual a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que são oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não a formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.

Não se nega que certo rigor formal é a espinha dorsal do processo e que este seria impensável sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos. *O que não parece certo é vincular a fonte de emissão dessas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual (BEDAQUE, 2005, p. 41, 67, 104/108).*

O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa (DINAMARCO, 1996, p. 129).

Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade, pelo contraditório obrigatório e pela motivação, o que deveria ocorrer, inclusive, no âmbito recursal (em que pese a previsão do CPC projetada da irrecorribilidade das interlocutórias).

6.4 Flexibilização procedimental e condicionamentos

A regra da flexibilização é utilizada apenas em caráter subsidiário. Não havendo nuance a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir o rito fixado em lei, mantendo, assim, a previsibilidade e a segurança que se esperam do procedimento processual.

Por isso, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, ainda que, **criticavelmente**, não tenha o anteprojeto da comissão de juristas disciplinado isso. Do contrário, as partes e o juiz não saberão para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar.

Além da excepcionalidade, três são os condicionamentos para que se operacionalize a flexibilização (GAJARDONI, 2007, p. 88/95):

a) **Finalidade.** Três situações mais específicas autorizarão a variação. (1) A primeira delas – a mais comum – está ligada ao

direito material: toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, é possível a variação ritual. É o que ocorre com ampliação de prazos rigidamente fixados em lei para garantir a defesa, com a ampliação da fungibilidade de meios em favor da tutela dos direitos, entre outras situações práticas. (2) A segunda está relacionada com a higidez e utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter* dos processos, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes. Com efeito, o juiz, no caso concreto, deverá verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma. Exemplificativamente, é o que se dá com a inversão da ordem de produção de provas (art. 452 do CPC). A precedência do exame pericial à colheita da prova oral, além de gerar a realização de dispendiosa perícia para aferição do dano em momento anterior à comprovação do próprio dever de indenizar, não se justifica do ponto de vista finalístico, já que não há razão lógica para essa precedência. Ouvir o perito na mesma audiência em que se ouvirão as partes e as testemunhas é tecnocracia incompatível com a possibilidade de ser designado posteriormente novo ato para essa finalidade. (3) Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante aos valores constitucionais. É o que ocorre com a superação de regras rígidas de preclusão em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada. Ou que o juiz, a vista do requerimento conjunto e consensual dos litigantes, permita a variação do procedimento, *v.g.*, autorizando a ampliação de prazo rigidamente estabelecido em lei;

b) **Contraditório útil.** O princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais, seja através de manifestação prévia, seja pela ampla possibilidade de recorrer das decisões que alteram o procedimento. Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isso só será possível se o julgador propiciar às partes efetiva

oportunidade para se manifestarem sobre a inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação dessa decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades. Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, é indispensável a realização de contraditório, preferencialmente preventivo, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual, garantindo-se sempre aos litigantes o pleno exercício do feixe de garantias advindas do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa etc.);

c) **Motivação.** Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial. Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões neles proferidas.

6.5 A mitigação da regra de flexibilização procedimental pelo juiz e a flexibilização procedimental voluntária no Novo CPC

Quando divulgado o texto do anteprojeto do Novo CPC pela comissão de juristas responsável pela sua elaboração, a comunidade jurídica, em especial os advogados, viu com extremo receio e desconfiança os dispositivos que permitiam a flexibilização judicial do procedimento (art. 107, V e 151, § 1º, do anteprojeto do Novo CPC). Dizia, como já tivemos oportunidade de afirmar, que, com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento, haveria risco de que, operacionalizada a flexibilização, fosse perdido o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação do modelo da rigidez formal.

Esse receio, contudo – não temos dúvida alguma em afirmar – se deveu a três fatores. Primeiro, ao *absoluto desconheci-*

mento dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) – inclusive no âmbito do direito comparado (art. 6º de 547 do vigente CPC/Português) – e dos condicionamentos para sua aplicação. Segundo, à *má compreensão do espírito do Novo CPC*, no sentido de extinguir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E, terceiro, à *precária redação dos dispositivos* que trataram do tema no texto do anteprojeto do Novo CPC da comissão de juristas, os quais autorizaram a flexibilização através de cláusulas *extremamente* abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes; e que não acalentavam o espírito daqueles que – com certa razão frente ao texto projetado – se rebelaram contra a inovação proposta.

Exatamente por conta desses fatores, e em busca de um consenso político necessário frente ao curto tempo de tramitação do anteprojeto e dos pouquíssimos debates que se fizeram à luz do texto da comissão de juristas, o senador Valter Pereira, no relatório do substitutivo ofertado pelo Senado, vaticinou (grifos nossos):

os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a 'flexibilização procedimental' (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. *Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.*

Consequentemente, a regra da *flexibilização procedimental* foi mitigada na versão do Novo CPC aprovada na 1ª votação do projeto no Senado e mantida nas demais fases do tramitar legislativo, passando o novo dispositivo tratante do tema (art. 139, VI, do CPC/2015) a admitir apenas duas hipóteses de adaptação do rito pelo juiz – ampliação de prazos e alteração da ordem de produção de provas – esta última, inclusive, sem sentido algum de constar do dispositivo, já que a autorização já está em outro dispositivo do projeto (art. 361 do CPC/2015).

Eis a redação do dispositivo aprovado: **Art. 139 da Lei 13.105/2015**. “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”.

Foi autorizado, por outro lado, que as partes promovam a adaptação ritual em escala bem mais ampla que o juiz (*flexibilização voluntária do procedimento*), posto que foi inserido, durante o tramitar do projeto na Câmara, disposição inovadora (mas de duvidoso alcance prático), no sentido de que “*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*” (art. 190 do CPC/2015, grifos nossos).

Ou seja, embora a flexibilização do procedimento pelo juiz esteja autorizada em poucas hipóteses (ampliação de prazos e inversão da ordem de produção de provas), as partes têm autorização para, caso forem capazes e o direito em debate for autocomponível, negociarem o rito, ampliando ou diminuindo prazos, suprimindo ou inserindo atos processuais na série, adotando rito diverso do legal e abstratamente previsto etc.

Conclusão

Diante de todo o exposto, a conclusão esperada não podia ser outra senão a de que o saldo do Novo CPC no tocante à reformulação dos procedimentos é positivo: alguns avanços e aperfeiçoamentos para poucos retrocessos (v.g., a regra da ordem cronológica de julgamento dos processos do art. 12 do CPC/2015). A única ressalva que se faz é a relativa à mitigação da regra da *flexibilização procedimental* (art. 139, VI, do CPC/2015). Afinal, a *flexibilização do procedimento* pelo juiz é regra conforme às garantias constitucionais do processo, sendo inovação elogiável e bastante razoável do ponto de vista da dogmática e da praxis processual. Deveria vigor em plenitude no Brasil, conforme, aliás, ocorre nos sistemas processuais mais modernos (Alemanha e Portugal).

Referências

- ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. 2005. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. **O novo CPC e o fim da gestão da justiça**. 22 dez. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica>>. Acesso em 4 abr. 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In: GRIONVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-42.
- GUILLÉN, Victor Fairén. **El juicio ordinario e los plenarios rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MENDES, Francisco Ramez. **Direito procesal civil**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil (1939)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. 1.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A ressurreição da ação monitória**. 2 fev. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/ressureicao-da-acao-monitoria-novo-cpc>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.