

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**PAULO ROBERTO RAMOS ALVES**

**SÍLZIA ALVES CARVALHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Paulo Roberto Ramos Alves; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-304-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

---

#### **Apresentação**

A temática abordada pelos 26 trabalhos apresentados é diversa, refletindo a complexidade atual do sistema jurídico processual e de justiça. Foi definida uma dinâmica em que os problemas tratados foram reunidos em 5 grupos delineados conforme os aspectos de aproximação.

São tratadas as interfaces entre o direito brasileiro e português quanto às questões da legitimidade ativa na ação popular, entendendo-se pela compatibilidade entre os sistemas. Seguindo-se em discussões a respeito das questões processuais constitucionais, sobretudo quanto aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Aborda-se problemas como o princípio da autonomia da vontade em relação à obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação e mediação, e, a defesa da inconstitucionalidade da concessão da tutela de urgência para a desconsideração da personalidade jurídica, frente ao princípio do devido processo legal, como problemas da justiça do trabalho.

Ainda no primeiro grupo é tratada a questão do princípio do contraditório no caso da aplicação da litigância de má-fé, e da constitucionalidade da lei de alienação fiduciária quanto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No segundo grupo os estudos são relacionados com a ação civil pública e as ações coletivas, considerando a tutela dos direitos. Neste sentido, é proposta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por meio da Ação coletiva para a defesa dos direitos do pequeno investidor, considerado como hipossuficiente diante do poder econômico que envolve o ambiente dos investidores em bolsas de valores.

A crise numérica do Poder Judiciário é enfocada sob o prisma da coletivização dos processos; em relação à decisão na Ação civil pública, tratou-se da inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/1985 reconhecida pelo STF. A vulnerabilidade dos refugiados é discutida à luz da efetividade da justiça por meio da Ação civil pública. Para o estudo do

acesso ao direito à saúde foi abordada a proposta de alteração da Lei da Ação civil pública apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, concluindo-se que haverá efeitos negativos quanto à legitimidade das associações na defesa da política pública de saúde.

O terceiro grupo abordou prioritariamente os meios processuais para a efetividade do acesso ao direito à saúde. O estudo a respeito da atuação do Poder Judiciário durante a pandemia da COVID 19 não foi apresentada devido a ausência dos autores. Seguiu-se a apresentação sobre a competência territorial para a propositura das ações para a efetividade do direito à saúde, considerando a competência concorrente entre os órgãos da federação. A partir da metodologia de Castanheira Neves, se discute o papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito, consideração a posição do STF frente à política pública de desencarceramento no caso de risco à saúde, e sua baixa efetividade durante a pandemia da COVID 19.

É objeto de estudo a decisão do STJ no REsp. 1657/RJ quanto ao fornecimento de medicamentos gratuitos. O último trabalho do grupo tratou do acesso ao direito a identidade de gênero analisando o Provimento nº 73 do CNJ, e a defesa da adoção de procedimento próprio que assegure a efetividade desse direito de forma célere.

As questões relacionadas a inteligência artificial e o acesso a justiça e aos direitos foi abordada no quarto grupo de trabalhos. Desse modo, o sistema de precedentes brasileiro, como modelo de jurisprudência vinculante deve se beneficiar com a utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário, mas qual devem ser as ressalvas?

Considerando as peculiaridades decorrentes da grande dimensão territorial no Brasil, foi apontado o problema das barreiras estruturais às tecnologias que envolvem a inteligência artificial, tais como a disponibilidade de redes eficientes e de equipamentos compatíveis com as demandas, para tanto analisou-se dados de jurimetria, e as possíveis consequências da Res. CNJ nº 358, que entrará em vigor em 2022.

Sobre o sistema de precedentes é realizado um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o modelo aplicado nos Estados Unidos, discutindo-se as peculiaridades de cada um, com vista ao aprimoramento do modelo no Brasil. A defesa do chamamento do feito à ordem na plataforma eletrônica de processo foi tratada como um meio de assegurar a efetividade do acesso à justiça. Conclui-se o grupo com a abordagem da segurança jurídica com relação à possibilidade de flexibilização atípica do procedimento, conforme previsto no artigo 190 do CPC/2015.

Os trabalhos foram encaminhados para o final com discussões sobre a segurança jurídica e a efetividade dos direitos. Assim, a partir da teoria da economia comportamental de Daniel Kahneman abordou-se o sistema cooperativo de processo e o viés cognitivo da decisão. Na sequência é proposta uma crítica quanto a resolução de demandas repetidas – IRDR, para afirmar que esse instituto está voltado a interesses do próprio Estado.

A problemática do direito à reparação por dano moral foi realizada em cotejo com a discussão do mero aborrecimento, sendo proposta a criação de critérios objetivos para a diferenciação. Defende-se a aplicação dos métodos de resolução de conflitos pelas ouvidorias como um meio para ampliar o acesso aos direitos. A Lei de improbidade administrativa é analisada em relação ao artigo 319 do CPC/2015, entendendo-se que se aplica ao processo administrativo o princípio da vedação da decisão surpresa.

A questão do artigo 3º da Lei de mediação foi tratada considerando o problema da indisponibilidade dos direitos, sendo proposta a categorização dos direitos indisponíveis que admitam a transação como uma forma de proteção dos direitos.

Houve debates entre os coordenadores do GT e os autores dos trabalhos apresentados, tendo ocorrido questionamentos a respeito da política pública judiciária de tratamento adequando dos conflitos, e a respeito dos princípios constitucionais de processo. Sobre a inteligência artificial definiu-se entre os presentes a necessidade de sua implementação e desenvolvimento com a intervenção humana, sobretudo no processo decisório. Em relação a Ação civil pública e as Ação popular compreende-se que sua revisão e reforma são oportunas, diante dos desafios que envolve a efetividade da justiça. Neste mesmo sentido, definiu-se os estudos a respeito do processo estrutural coletivo.

Os trabalhos foram desenvolvidos a partir de uma perspectiva metodológica crítica, e consideraram de forma geral a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de processo e das concepções a respeito da jurisdição como um meio para se alcançar a efetividade da justiça.

Sílzia Alves Carvalho

Universidade Federal de Goiás - UFG

Paulo Roberto Ramos Alves

Universidade de Passo Fundo - UPF

Celso Hiroshi Iocohama

Universidade Paranaense - UNIPAR

## **FLEXIBILIZAÇÃO ATÍPICA DO PROCESSO PELO JUIZ EM FACE DA GARANTIAS DA SEGURANÇA JURÍDICA**

### **ATYPICAL FLEXIBILIZATION OF THE PROCESS BY THE JUDGE IN FACE OF LEGAL CERTAINTY**

**Luana Cabral Mendes Gontijo <sup>1</sup>**  
**Rosana de Jesus Guilherme <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

O presente artigo inicialmente discorre sobre a mudança de paradigma de um processo rígido sob a égide do CPC/73 para um processo, a partir do advento do CPC/2015, flexível. Em seguida, são apresentados os modelos de flexibilização procedimental e a adoção (ou não) pelo CPC/2015. Reconhece-se que o CPC/2015 não traz dispositivo autorizativo da flexibilização judicial atípica e, em seguida, debate-se o seu acolhimento pela ordem constitucional. Finalmente, o estudo se volta a discutir limites à flexibilização judicial, destacando a necessidade de equilibrar efetividade e segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Processo civil, Flexibilização atípica, Poderes do juiz, Efetividade, Segurança jurídica

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article discusses the paradigm shift from a rigid process (CPC/73) to a flexible process after the advent of CPC/2015. Then, presents the models of procedural flexibility and the adoption of them by CPC/2015. It recognizes that CPC/2015 does not have a clause which authorize atypical procedural flexibilization by the judge, then, discusses whether the absence of the clause prevent the flexibilization by the judge to be acceptable under the constitutional order. Finally, the study aims to discuss limits to judicial flexibility, highlighting the need for balancing effectiveness and legal certainty.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil procedure, Flexibilization, Powers of the judge, Effectiveness, Legal certainty

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Advogada.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Advogada.

## 1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 reinaugura a discussão sobre a flexibilização do procedimento com a tônica na busca pela tutela adequada do direito, sem negar, contudo, que a forma legal é indispensável para garantir segurança jurídica no processo. Abandona-se a concepção de que a adequação procedimental deve ser perpetrada exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo para se consolidar que a adaptação no âmbito do órgão jurisdicional tem papel imprescindível para a aderência do procedimento ao direito material.

Nessa toada, o procedimento comum apresenta modelo que admite rotas legais alternativas e fomenta a integração do processo a partir do trânsito de técnicas entre procedimentos codificados e não codificados. Ademais, o diploma processual atual é carregado por dispositivos de textura aberta que permitem amplo espaço para a interpretação concreta do juiz.

O CPC/2015 ainda reconhece que a adaptação procedimental deve privilegiar os interesses das partes, dando ampla abertura para que convençionem sobre a forma e o modo dos atos processuais, cabendo ao magistrado apenas o controle de validade dos negócios firmados.

A despeito dessa ênfase dada às partes na conformação do procedimento, não se verifica o retorno ao modelo de processo liberal, pois a atuação das partes, de modo algum, tem o condão de anular os poderes-deveres do juiz na condução do processo; pelo contrário, “busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais” (DIDIER JR., 2011, p. 212) em prol da tutela adequada do direito e da realização dos valores constitucionais pelo processo.

Inobstante a mudança de paradigma de um processo rígido para um processo flexível e adaptável às necessidades do caso concreto, não foi incorporado ao CPC/2015 cláusula genérica de adaptabilidade dirigida ao juiz, isto é, não há no texto processual dispositivo que autorize a adaptação procedimental pelo juiz fora das hipóteses legalmente postas.

Diante desse cenário, discute-se a possibilidade de flexibilização atípica do procedimento por iniciativa do juiz, quando o rito legal não se mostra adequado às exigências do caso concreto tendo em contrapartida o princípio da segurança jurídica, que advoga pela previsibilidade dos procedimentos empregados no processo.



## **2. Do processo rígido do CPC/73 ao processo flexível do CPC/15**

As formalidades legais conferem previsibilidade às partes quanto à ordenação da marcha processual e funcionam como limites às arbitrariedades judiciais, (OLIVEIRA, 2018, p. 273), de forma que se apresentam como indispensáveis ao desenvolvimento do devido processo. Em contrapartida, “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito” (LIEBMAN, 1985, p. 225).

Portanto, afasta-se o apego excessivo às formas para se preocupar “com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com a sua capacidade de realizar concretamente a justiça” (MADUREIRA; ZANETI JR., 2017, p. 124). A tendência é permitir que, desde que atingidos os escopos desejados pelo processo, a forma seja excepcionada, reconhecendo que a consecução de um processo justo perpassa a realização dos valores constitucionais, não podendo deles ser dissociado. Em suma, o processo (e o procedimento) deve(m) refletir a densificação dos valores da Constituição Federal, tutelando com justiça os direitos (e as pessoas).

Não há, contudo, abandono integral da estrutura técnica do processo, a qual continua a exigir previsibilidade, ao lado da adequação ao direito material (e ao caso concreto). Em princípio, recai sobre o legislador a função de adequar o procedimento a partir da “elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades locais e temporais”, expurgando o excessivo e o inútil (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 137).

A adequação feita no âmbito do Poder Legislativo importa, sobretudo, na confecção de procedimentos especiais, tal como o procedimento de inventário e partilha (art. 610, ss., CPC), mas também se perfaz a partir da previsão legal de rotas alternativas e regras processuais diferenciadas, tais como a improcedência liminar (art. 332, CPC) e a dobra de prazo ao Ministério Público (art. 180, CPC), respectivamente.

Em virtude da inaptidão do legislador de atender às particularidades de todos os casos por intermédio de normas gerais e abstratas, acrescida à adequação procedimental promovida pelo legislativo, é possível a adaptação do procedimento no âmbito do processo mediante a concessão de poderes ao juiz e às partes, desde que para melhor atender às peculiaridades (subjetivas e objetivas) da causa e em atenção às garantias constitucionais (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 138). Essa adaptação procedimental feita no bojo do processo pode ser admitida de maneira mais ou menos acentuada pela ordem jurídica vigente.

O Código de Processo Civil revogado (CPC/73) foi caracterizado pela rigidez procedimental (CABRAL, 2010, p. 137), pois, apesar de prever uma imensidão de procedimentos especiais, uma vez eleito o rito legal, não havia permissão para modificar o rito eleito. O diploma era marcado ainda por restritas (e taxativas) previsões de rotas alternativas a serem escolhidas pelo juiz no curso do processo, a fim de autorizar restrito espaço de adequação do procedimento à causa.

A redação original do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil<sup>1</sup> se propôs a alterar drasticamente esse paradigma de rigidez procedimental ao dispor cláusula geral de adaptabilidade do procedimento pelo juiz. A proposta foi arduamente criticada no curso da tramitação, em especial sob o fundamento de que a disposição implicaria em grande insegurança jurídica, com aumento exacerbado dos poderes do juiz e a permissão de cada magistrado impor o seu Código de Processo pessoal (OLIVEIRA, 2018, p. 189). Desse modo, a disposição genérica de flexibilização do procedimento pelo juiz foi suprimida, mantidas apenas duas hipóteses: a dilatação de prazos e a redistribuição do ônus da prova (art. 139, VI, CPC).

O tema da flexibilização procedimental genérica “retorna ao texto do Projeto de Código, com nova disciplina — não mais como “poder do juiz”, e sim, como convenção das partes” (NOBLAT; MEIRELLES, 2014, p. 205-206), tendo se consolidado no artigo 190 do Código vigente<sup>2</sup>. Portanto, “subtraiu-se a cláusula geral que empoderava o juiz na tarefa de adaptar o processo e conferiu-se às partes, atipicamente, o poder de construir o procedimento que melhor atenda às exigências do caso concreto” (OLIVEIRA, 2018, p. 191).

O Código de Processo vigente enaltece o papel das partes na flexibilização atípica do processo, mas, ao contrário do que se poderia conjecturar, não retira do juiz a função de conduzir o processo de modo a garantir as adaptações processuais necessárias à tutela do direito, realçando o dever de oportunizar o diálogo com as partes (OLIVEIRA, 2018, p. 192).

O artigo 327, parágrafo 1º, e o artigo 1.049, parágrafo único, ambos do CPC/2015 são exemplos claros da abertura dada pelo legislador de atuação do juiz (e das partes) na adaptação procedimental, pois reconhece ampla integração entre os procedimentos, permitindo o livre

---

<sup>1</sup> Art. 107, V, do Anteprojeto do CPC: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

<sup>2</sup> Art. 190. 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.

trânsito de técnicas, desde que compatíveis, com a finalidade de assegurar maior efetividade ao processo (DIDIER JR., CABRAL; CUNHA, 2019, p. 89).

Desse modo, o Código de Processo Civil de 2015 retira a tônica da adequação do procedimento da autoridade legislativa e inaugura como novo paradigma a flexibilização procedimental no curso do processo (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2019, p. 78-79). Ainda nesse contexto, conforme registra Paulo Mendes de Oliveira (2018, p. 192-193), há uma clara predileção do legislador em atribuir posição de destaque às partes na adaptação do procedimento, o que não pode ser ignorado pelo intérprete; no entanto, não é o juiz eliminado do papel de conformar o procedimento para fins de assegurar a efetividade da tutela do direito.

Não há intenção do legislador em retomar o paradigma do processo liberal, no qual as partes conduzem o processo em prol de seus interesses enquanto o juiz, com poderes mitigados, apenas decide; busca-se, de fato, reequilibrar os poderes dos sujeitos no processo, agora sob o paradigma do Estado de Direito Constitucional, para proporcionar ambiente de diálogo e cooperação entre os sujeitos processuais (DIDIER JR., 2011, p. 212).

### **3. Dos modelos de flexibilização procedimental no CPC/2015**

A princípio, vale esclarecer que o princípio da adequação procedimental designa “a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes e do direito material” (GAJARDONI, 2007, p. 154), portanto cabe ao Poder Legislativo criar procedimentos que confirmem adequada tutela aos direitos.

Por seu turno, o princípio da adaptabilidade (ou elasticidade processual) indica “a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa” (GAJARDONI, 2007, p. 154).

A adaptabilidade procedimental pode ainda ser efetuada pelas partes com intuito de “estabelecerem regras processuais que tornarão o processo mais aderente às suas necessidades e expectativas” no processo (OLIVEIRA, 2018, p. 33). A adaptação feita pelas partes não terá necessariamente o escopo de atender às necessidades da tutela, podendo apenas ter o intuito de se alinhar aos interesses privados das partes, o que é plenamente aceito, desde que não sirva para tornar mais dificultoso o gerenciamento dos processos pela máquina judiciária.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra sempre foi a adequação do procedimento perpetrada pelo legislador, com a observância da forma legalmente posta. Apenas,

subsidiariamente, quando a forma legal não atende às peculiaridades do caso, haveria espaço para a incidência do princípio da adaptabilidade mediante a flexibilização do procedimento no âmbito do processo. Apesar de ainda consistir na regra, a subsidiariedade da adaptação procedimental é excepcionada pela cláusula genérica de flexibilização pelas partes, a qual admite a modificação do procedimento para atender aos seus interesses privados, ainda que tido por adequado ao caso, desde que não embarace a atividade jurisdicional.

Consoante Gajardoni (2007, p. 157-158), existem três modelos de flexibilização procedimental: legal, judicial e voluntária. O modelo de flexibilização legal consiste naquele em que há disposição em lei que autoriza o juiz a proceder a adaptação do procedimento à causa. Por sua vez, o modelo de flexibilização judicial é aquele que, “ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competiria ao juiz, com base nas variantes do caso concreto (objetivas e subjetivas), modelar os procedimentos para obtenção da adequada tutela” (GAJARDONI, 2007, p. 158). Por fim, o modelo de flexibilização voluntária atribui às partes a função de eleger o procedimento adotado ou mesmo definir qual a forma e o modo que os atos processuais devem ser praticados (GAJARDONI, 2007, p. 158).

Sob a égide do atual diploma processual, o modelo preponderante é o “da flexibilização legal alternativa, em que o juiz determina o andamento da causa com alguma liberdade, mas dentro de alternativas pré-dispostas no sistema pelo legislador (tramitação processual alternativa)” (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 144).

A título ilustrativo, é possível assinalar que o CPC/2015 apresenta quatro rotas possíveis pelo procedimento comum: improcedência liminar do pedido (art. 323, CPC); julgamento antecipado do mérito (arts. 355 e 356, CPC); estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 304, CPC) e; julgamento do mérito após a instrução processual. Esse formato de procedimento comum adotado pelo CPC/2015 é considerado flexível em si mesmo, pois admite que, no curso do processo, o juiz opte, dentre as alternativas legais, pela via mais adequada à causa em concreto.

O CPC/2015 ainda concebe duas hipóteses de flexibilização legal genérica do procedimento, ao permitir a ampliação de prazo e a “inversão da ordem de produção de provas (apenas), independentemente de autorização específica e expressa (art. 139, VI, do CPC/2015)” (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 144). Ainda consagra cláusula de atipicidade dos meios executivos, o que permite ampla adaptação dos instrumentos de execução em prol da satisfação da tutela (art. 139, IV e art. 536, § 1º, do CPC). Por fim, o Código ainda avança ao admitir a flexibilização legal voluntária, “autorizando as partes capazes a, genericamente, através de

convenções processuais alterar os procedimentos e até seus poderes, deveres, ônus e obrigações, nas causas que admitem autocomposição” (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 144).

Desse modo, para além das rotas alternativas cuja adaptação pelo juiz é restringida pelas hipóteses legais (flexibilização legal alternativa), o CPC/2015 traz disposições legais genéricas e/ou caracterizadas pela atipicidade das hipóteses de cabimento, ampliando o poder decisório do juiz e das partes sobre o procedimento e, por conseguinte, autorizando suas mais diversas conformações (flexibilização legal genérica) (FEITOSA, 2019, p. 77).

Nesse passo, apesar de não haver no CPC/2015 disposição que autorize a flexibilização procedimental realizada pelo juiz fora das hipóteses expressamente previstas, também não há qualquer disposição que vede a atuação do juiz em prol da adaptação do procedimento quando ele se mostrar inadequado à tutela do direito em concreto; pelo contrário, o diploma processual, a todo momento, fornece artifícios legais para que o juiz adapte o procedimento à tutela do direito.

Com isso em mente, no tópico seguinte, avançamos para discutir sobre o papel do juiz na conformação atípica do procedimento, isto é, aquela cujo embasamento não se encontra expresso na lei.

#### **4. Da flexibilização atípica do processo pelo juiz**

Restou clara a partir dos tópicos antecedentes a mudança de paradigma decorrente do advento do CPC/2015, o qual ensejou a virada de um modelo de processo caracterizado pela rigidez procedimental para se consolidar no panorama atual um processo flexível/adaptável que busca assegurar mais aderência ao caso.

Ocorre que a supressão da cláusula geral de adaptabilidade dirigida ao juiz poderia nos fazer crer que as hipóteses de flexibilização procedimental pelo magistrado ficariam restritas àquelas dispostas expressamente na lei.

Contudo, a flexibilidade do processo pelo juiz não se justifica apenas por disposições legais nesse sentido, mas da própria sistematização do Código de Processo cuja ritualística prevê rotas alternativas dentro do procedimento comum, admite o trânsito de técnicas entre procedimentos, dispõe inúmeros dispositivos de textura aberta que permitem interpretação mais ampla pelo juiz à luz do caso etc. A todo momento, o diploma processual chama o juiz a interpretar o texto, de modo a adaptar o procedimento para torná-lo mais adequado às peculiaridades do caso, ainda que inexistente a disposição genérica nesse sentido.

No entanto, a problemática não está em afirmar que o juiz interpreta e aplica a lei da maneira mais adequada ao caso, pois, aqui, está ele atuando nas hipóteses permitidas expressamente pela lei, não criando forma sem parâmetro legal anterior. Essa autorização para a mais ampla conformação do procedimento pelo juiz está na própria abertura do texto legislado, portanto é aplicação direta do procedimento legalmente previsto (flexibilização típica do processo pelo juiz).

Diferente é admitir que o magistrado realize alteração no procedimento legalmente previsto sem dispositivo legal que a autorize (nem sequer genericamente). A admissão da flexibilização atípica do procedimento pelo juiz à luz da ordem jurídica posta é o grande ponto de debate.

Conforme afirma Paulo Mendes de Oliveira (2018, p. 191), “o modelo de flexibilização processual adotado no Brasil, por meio do filtro democrático do parlamento, transferiu o seu principal ator da figura do juiz para as partes do processo”, pois mune apenas as últimas do poder de convencionar atipicamente sobre o procedimento. A despeito de isso não ensejar na necessária exclusão do juiz de um poder-dever de garantir a maior aderência do procedimento ao caso concreto, a interpretação não pode ser descolada da vontade conhecida do legislador, a não ser que ela se mostrasse inconstitucional (OLIVEIRA, p. 2018, p. 191).

Desse modo, o que se depreende da postura do legislador é a intenção de conferir preponderância à autonomia da vontade, para que as partes possam modificar o procedimento de acordo com seus interesses, além de impor a sua observância pelo magistrado, a quem deve recair apenas o dever de controlar a validade. Portanto, não pode o juiz ignorar as alterações de procedimento feitas em comum acordo pelas partes, ainda que o rito legal se mostrasse adequado.

Não há intenção do diploma processual, todavia, de eliminar a possibilidade de o juiz alterar o procedimento, ainda que não haja disposição legal autorizativa, quando o rito legal se mostrar inadequado às peculiaridades da causa. O seu artigo 1º chama o juiz a ser ativo e realizar as devidas adequações das formas e regras processuais em prol da consecução dos valores constitucionais (ZANETI JR., 2018, p. 221). Dessa forma, busca-se realizar no processo a Constituição Federal, não havendo óbices teóricos ou técnicos que prevaleçam sobre os ideais constitucionais. A realização de um processo justo impõe o acesso substancial à justiça (não apenas o acesso às estruturas judiciárias), o que deve ser assegurado pelo juiz a partir da condução do processo.

A regra é o procedimento legalmente previsto, o qual se presume adequado à tutela de direitos, pois decorrente de deliberação democrática do órgão legislativo constitucionalmente

competente. Em via excepcionalíssima, quando o procedimento legal (com todas as suas variações legalmente previstas) se apresenta inadequado (subjetiva ou objetivamente) a garantir a tutela do direito em concreto, é resguardada abertura para a sua modificação por iniciativa do órgão jurisdicional. Nesse sentido Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 138-139):

o juiz deve deliberadamente deixar de aplicar regra processual, sempre que a mesma for inadequada ou desnecessária para os escopos do processo, ou sempre que implicar o sacrifício de um direito – processual ou substancial – de maior relevo. “[...] [Trata-se] de ampliar o alcance do instituto, para autorizar a não aplicação da norma processual voluntariamente, visando sempre ao seu resultado mais justo e adequado para a resolução das controvérsias.

Para tanto, é indispensável que o juiz “se desincumba de um rigoroso ônus argumentativo e dos deveres de colaboração perante as partes, sempre orientado pelas balizas constitucionais, para superar o rito legal e adaptá-lo às necessidades de tutela” (OLIVEIRA, 2018, p. 191). No mesmo sentido aponta Fernando Gajardoni (2007, p. 104) ao desenvolver três requisitos mínimos para que a flexibilização procedimental seja considerada válida:

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

Portanto, ao se deparar com uma causa que demanda alteração do procedimento para que se assegure a tutela adequada do direito, ganham realce o contraditório consubstanciado, sobretudo, no direito de influência das partes na decisão judicial e o dever de fundamentação do juiz que, para além de demonstrar que considerou a ponderação das partes, deve apresentar fundamentos suficientes para justificar a utilidade e necessidade da alteração do procedimento.

Afastar, sem motivo evidente (e evidenciado), o procedimento legal consistiria em verdadeira flexibilização perniciosa decorrente de um voluntarismo judicial que enxerga em si aptidão superior de definir de maneira solipsista os encaminhamentos das normas processuais a cada caso processado, o que vai de encontro à imparcialidade do juízo, à segurança jurídica e às garantias processuais das partes (OLIVEIRA, 2018, p. 198).

As formas legais somente devem ser superadas por razões extraordinárias, sem surpresas ou distinções desnecessárias e desincumbido de elevado ônus de fundamentação pelo juiz, com observância ao dever de cooperação e respeito à autonomia privada das partes (OLIVEIRA, 2018, p. 197). Essa concepção é denominada de “eficácia de trincheira”, pela qual

não se admite que o juiz substitua a ponderação legislativa (materializada na lei) pela sua, sem que, para isso, demonstre ostensivamente seus excepcionais motivos (ÁVILA, 2011, p. 119).

Nesse ínterim, há de concluir que a flexibilização atípica pelo juiz não é a primeira via a ser utilizada diante da inadequação do procedimento legal, pois, como dito anteriormente, o próprio procedimento comum é, por si mesmo, adaptável com autorizações no decorrer de todo o texto legal para que sejam feitas adequações ao caso. No entanto, ela consiste em ferramenta constitucional à disposição do juiz para a consecução do processo justo quando as autorizativas legais se mostrarem, concretamente, inaptas a perfazerem os fins constitucionais.

## **5. Flexibilização procedimental em face da garantia da segurança jurídica: a necessidade de ponderar os seus limites**

A grande preocupação que permanece a partir da compreensão de que é possível a flexibilização procedimental atípica pelo juiz é em que medida esse aumento dos poderes do juiz, ainda que tido por excepcional, impacta na segurança jurídica do processo.

Como mencionado anteriormente, o formalismo processual tem como escopo garantir a segurança jurídica e a previsibilidade do processo às partes, assim como conter arbitrariedades judiciais. A consolidação de um panorama de flexibilização procedimental se apresenta como reação à rigidez excessiva das formas que privilegiava a forma em detrimento da tutela adequada do direito. Passa-se a admitir “procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais” por não abalarem a segurança técnica do processo, ao mesmo tempo que reforça o compromisso com o resultado da tutela jurisdicional (CABRAL, 2010, p. 138).

Dessa forma, não há abandono da formalidade processual, que permanece sendo a regra; no entanto, possibilita-se a sua inobservância desde que em prol da tutela adequada do direito. Essa ponderação entre formalismo e tutela adequada parte do reconhecimento de que há uma constante tensão entre segurança jurídica e efetividade e que deve se buscar o equilíbrio entre ambos para a consecução do processo justo (ZANETI JR, 2019, p. 217).

Nesse passo, a regra é o procedimento legalmente previsto, que é presumidamente adequado para a tutela do direito. Essa noção atende à segurança jurídica em razão da previsibilidade da sequência de atos no processo e, também, à efetividade, pois o rito legal é considerado adequado e suficiente para oferecer resposta às demandas sociais, uma vez que é democraticamente construído.



Ocorre que a experiência demonstra que o legislador é incapaz de prever o procedimento adequado para todas as situações que estão no mundo. Ainda que ele buscasse criar procedimento para toda peculiaridade conhecida, isso ensejaria inflação legislativa e, por conseguinte, insegurança jurídica decorrente do surgimento de leis contraditórias, da dificuldade de sistematização normativa e do desconhecimento das minúcias legislativas pelos seus destinatários, tudo isso impactando a aplicação racional do direito (YOSHIKAWA, 2014, p. 16).

Com isso em mente, para além das alternativas legalmente previstas, é resguardado o poder-dever do juiz de adaptar o procedimento, ainda que inexistente comando expresso de lei. Contudo, em atenção à necessidade de ponderação entre a efetividade da tutela e a segurança jurídica dos atos judiciais, há limites que devem ser observados quando o juiz atua fora (ou mesmo contra) o disposto de lei.

Dentre os principais limites à atuação do juiz na conformação do procedimento merece destaque: obediência às garantias constitucionais, observância do contraditório com ênfase no direito de influência das partes, fundamentação judicial adequada, observância aos precedentes judiciais e atenção à autonomia da vontade das partes (OLIVEIRA, 2018, p. 264, 291, 299-301; 306). Todos esses limites funcionam como verdadeiros contrapesos à inobservância do procedimento legal, garantindo balizas mínimas de segurança no processo.

O ponto de partida são as garantias constitucionais, pois não podem ser excepcionadas no momento de adaptação do procedimento, constituindo garantia mínima de previsibilidade aos sujeitos do processo. Parte-se da noção de que as garantias processuais constitucionais são também direitos fundamentais, apenas sendo admitida sua restrição em via excepcional e quando pautada em fundamento de índole constitucional.

Nessa toada, é necessário que o juiz oportunize o contraditório das partes na conformação do procedimento, de forma a permitir que influam na decisão judicial e não sejam surpreendidas pela alteração no procedimento. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2017, p. 135), “as partes não podem ser surpreendidas com mudanças no procedimento, sem que se lhes dê a chance de se adaptarem a elas, alterando, se for o caso, as suas estratégias processuais”.

Inobstante a importância de consulta às partes antes de decidir sobre a modificação do procedimento, “o contraditório não deve ser glorificado, nem qualquer outro princípio, de resto, por mais precioso que seja”, devendo ser ponderado se a decisão acarreta prejuízo à parte a ser ouvida e ainda os impactos no tempo do processo que a oitiva acarretará (BAUMBACH, 2013, p. 189). Caso o juiz opte por não promover o contraditório prévio, impende fundamentar a decisão também nesse tocante.

Por sua vez, a fundamentação judicial adequada deve ser vinculada aos motivos que respaldam a inobservância do rito legal, perpassando pela sua inadequação e especificando as razões de adoção daquela nova conformação em detrimento de outras possíveis. Também não se pode esquecer o dever de observância aos precedentes judiciais como limite à conformação realizada pelo juiz, pois servirá de “instrumento para estabelecer diretrizes às possibilidades de modificação procedimental, especialmente para regular excessos cometidos” (OLIVEIRA, 2018, p. 302), garantindo maior previsibilidade às partes quanto aos poderes-deveres do juiz e reduzindo as arbitrariedades.

Por fim, a autonomia da vontade também deve constituir limite à flexibilização judicial atípica, pois o juiz tem o dever de observar as convenções processuais das partes, com função apenas de controlar a sua validade (OLIVEIRA, 2018, p. 288). Nesse passo, havendo convenção que altera o procedimento legal, deve o juiz observar a conformação feita pelas partes, e não buscar impor a alteração que considera mais acertada. Essa concepção consagra o protagonismo das partes na definição dos rumos do processo que melhor atendam aos seus interesses (OLIVEIRA, 2018, p. 155).

Os limites à flexibilização procedimental, ao lado do caráter excepcional que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico, garantem a previsibilidade do procedimento às partes – contraditório das partes, obediência aos precedentes judiciais e preponderância da autonomia da vontade – e a contenção às arbitrariedades judiciais – obediência às garantias constitucionais e fundamentação judicial –, de forma que, desde que utilizada com parcimônia atua em prol dos escopos do processo, retirando-lhe as amarras legais quando estas não servirem a promover a tutela adequada do direito.

Para além dos limites jurídicos à flexibilização judicial atípica, é importante ainda destacar que o suposto ativismo judicial na busca pela conformação procedimental ainda fica limitado à grande carga de trabalho e à falta de infraestrutura deferida aos juízes, de modo que a adaptação a cada caso se torna inviável e a observância do procedimento legal mais produtiva. Desse modo, a realidade sugere que as adaptações judiciais atípicas ficariam restritas às hipóteses que o procedimento legal realmente não é apto a responder às peculiaridades do caso. Nesse sentido, pondera Dierle Nunes (2010, p. 123):

Tal crença na sensibilidade do juiz para fazer essas adequações procedimentais solitárias, parte do dogma do protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para ‘sopesar’ no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inviável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema

que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão.

Dessa forma, a própria realidade do Poder Judiciário brasileiro advoga para a excepcionalidade da flexibilização judicial atípica do procedimento, reforçando que essa ferramenta não tem o condão de ocasionar insegurança jurídica do processo; pelo contrário, ela busca o incremento da efetividade da tutela prestada concebendo segurança pelo processo de que os direitos serão concretizados.

## **6. Conclusão**

O presente artigo se voltou a analisar o panorama de flexibilização procedimental que o advento do CPC/2015 consolida na ordem processual brasileira, a partir da previsão de uma amplitude de rotas legais alternativas, fomento ao trânsito de técnicas entre procedimentos para integração normativa, dispositivos de textura aberta, permissão genérica às convenções processuais pelas partes etc.

Verificou-se que, a despeito de ter sido suprimida a cláusula genérica de adaptabilidade procedimental dirigida ao juiz, não há vedação à conformação judicial atípica quando o rito legal se mostra inadequado para oferecer tutela adequada ao direito.

Pelo contrário, o próprio artigo 1º do CPC/2015 reconhece a supremacia normativa da Constituição Federal, chamando o magistrado (e demais sujeitos) a atuar ativamente na consecução dos valores constitucionais pelo processo. Isso inclui a realização do direito fundamental ao processo justo mediante tutela adequada, tempestiva e efetiva do direito. Em suma, uma vez que o procedimento legal se mostra concretamente inadequado à tutela do direito, é dever do juiz conformá-lo para fins de assegurar o processo justo.

Ressalta-se, entretanto, que a adaptação atípica pelo juiz deve ser encarada como última (e excepcional) alternativa a conformação do procedimento, tendo em vista que o CPC/2015 apresenta amplas aberturas legais à adequação do rito às peculiaridades da causa. Desse modo, apenas em hipóteses excepcionais o juiz deve lançar mão da ferramenta de flexibilização atípica do procedimento, desincumbindo-se, para tanto, de rigoroso ônus argumentativo e possibilitando a participação das partes na construção da decisão.

Por fim, restou evidente que a flexibilização judicial atípica não tem o condão de prejudicar a segurança jurídica do processo, mas de equilibrá-la com a efetividade processual, abandonando-se apenas formalidades que não oferecem concretamente proteção adequada ao

direito. Ademais, as garantias constitucionais, o dever de fundamentação, o contraditório, a obediência aos precedentes judiciais e à autonomia da vontade privadas são limites à flexibilização judicial que funcionam como contrapeso à inobservância do procedimento legalmente posto, assegurando previsibilidade e contendo as arbitrariedades judiciais.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAUMBACH, Rudinei. Adequação procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais. *Dissertação* (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013, p. 231.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro. Ano 4. Volume VI. Julho a Dezembro de 2010, p. 135-164.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodvm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, ago./2011, p. 213-225.
- FEITOSA, Dulce Anne Freitas. Flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional. *Dissertação* (Mestrado em Direito). Bahia: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019, 112p.
- GAJARDONI, Fernando. Flexibilização procedimental. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. *Tese* (Doutorado). São Paulo: USP, 2007.
- GAJARDONI, Fernando; ZUFELATO, Camilo. “Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020, p. 135-163.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1985.
- MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, v. 272, out. 2017, p. 85-125
- NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIII, jul. 2014, p. 214-217.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010

OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica. Tese (Doutorado)*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 222.

ZANETI JR, Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: JusPodvm, 2018.