

FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E COOPERAÇÃO: UM NOVO OLHAR SOBRE O PROCESSO

FLEXIBILITY OF PROCEDURE AND COOPERATION: A NEW LOOK AT THE PROCESS

Luciano de Araujo Migliavacca¹

Vinicius Borges Fortes²

RESUMO

O presente artigo aborda a questão relativa à flexibilização do procedimento e relativa à cooperação entre as partes no processo sob o enfoque do novo Código de Processo Civil – tanto no anteprojeto (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) quanto no Projeto de Lei nº 8.046/2010, promovendo uma análise crítica acerca de tais institutos a sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro. Examinam-se, a partir da evolução histórica do direito processual civil, as bases para a compreensão de um novo direito processual voltado à efetividade da prestação jurisdicional – que representa o ponto fundamental nas preocupações do processualista contemporâneo. Nesse contexto, procede-se ao cotejo analítico dos referidos institutos e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro bem como a experiência no direito comparado. Busca-se, mediante uma revisão bibliográfica, traçar um novo olhar sobre o processo com maior liberdade às partes adequando-o ao seu objetivo maior: efetividade; rompendo-se, dessa forma, com a antiga concepção do direito processual pela possibilidade de uma maior atuação das partes no “processo”.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização do procedimento; Cooperação; Novo CPC

ABSTRACT

This article addresses the issue of the flexibility of the procedure and on cooperation between the parties to the proceedings under the focus of the new Code of Civil Procedure - both in the draft (Senate Bill nº. 166/2010) and the bill nº 8.046/2010, promoting critical analysis about such institutes and its incorporation into the Brazilian legal order. It examines, from the historical evolution of civil procedural law, the basis for the understanding of a new procedural law aimed

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário – UPF. Professor de Direito Processual Civil – IMED. Coordenador de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola de Direito - IMED. Advogado. E-mail: lucmig@imed.edu.br.

² Mestre em Direito pela UCS/RS, em 2011, doutorando em Direito pela UNESA/RJ, linha de pesquisa Direitos fundamentais e novos direitos”. Professor universitário na IMED - Faculdade Meridional, Coordenador-adjunto e pesquisador-membro do NETS – Núcleo de Estudos em Tecnologia e Sociedade, institucionalizado pela IMED, vinculado ao Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento, certificado pela IMED. Estudante vinculado ao GEDAPI – Grupo de Estudo em Direito Ambiental e Propriedade Intelectual, certificado pela UFF – Universidade Federal Fluminense. E-mail: vinicius@borgesfortes.com.br

at the effectiveness of jurisdiction - that is the key point in the concerns of contemporary proceduralist. In this context, it proceeds to the analytical collation of these institutes and their viability in Brazilian law as well as experience in comparative law. Aims, through a literature review, chart a new look at the process with greater freedom to the parties adapting it to its ultimate objective effectiveness; breaking thus with the old conception of procedural law by the possibility of greater performance of the parties in the "process".

KEYWORDS: Flexibility of procedure; Cooperation; New CPC

1 Introdução

O novo Código de processo civil trouxe como inovação a possibilidade de flexibilização do procedimento bem como a ideia de um processo cooperativo, buscando com tais institutos a efetividade da prestação jurisdicional.

A rigidez formal do processo atrelada a um distanciamento da figura do juiz em relação às partes e propriamente à resolução do conflito em busca de uma solução justa representa fator que somente vem a fomentar ainda mais a crise suplantada no Poder Judiciário.

Necessário frisar que para a admissão de tais institutos em um novo código de processo civil, promovendo-se uma nova visão de processo – mais ágil e efetivo – foi preciso que a própria ciência processual evoluísse, com a reformulação de seus fundamentos, suas bases e seus conceitos.

Diante disso, busca-se, em apertada síntese, desenvolver a evolução histórica do direito processual civil, indicando as suas fases metodológicas, do praxismo à fase atual, para uma melhor compreensão a contextualização das mudanças pugnadas.

A flexibilização procedimental encontra espaço fecundo nesse novo modelo de processo de forma a atenuar a rigidez formal, responsável pela burocratização da prestação jurisdicional, buscando a adaptação do procedimento ao caso processo em busca de uma solução justa.

Há experiência no direito estrangeiro de flexibilização procedimental, sendo possível identificar quatro modelos diversos, a exemplo do que se encontra nos Estados Unidos, Inglaterra, França e Portugal.

Traz o novo CPC, igualmente, um novel instituto, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, que é o princípio da cooperação ou colaboração, que vem, complementando a ideia de flexibilização procedimental, a fomentar a busca da efetividade, impondo ao juiz uma nova conduta, promovendo uma maior atuação e participação das partes na condução do processo.

Busca-se com um processo cooperativo expurgar a concepção de subordinação ou submissão das partes ao juiz, permitindo uma interdependência de todos os envolvidos na busca de uma solução do processo com efetividade e em tempo razoável com uma auto-responsabilização de todos os sujeitos processuais.

Dessa forma, superando-se a ideia de processo como mera forma, rompendo-se com o paradigma da observância do procedimento sem qualquer finalidade, para um processo voltado à obtenção de uma solução justa e adequada, obtida através de uma relação de complementariedade entre o princípio cooperativo e flexibilização procedimental.

2 A Evolução do Direito Processual

Atento às necessidades de um processo mais ágil de forma a atingir a efetividade da prestação jurisdicional em um tempo razoável, a ciência processual evoluiu de modo a contemplar meios para a consecução de tal fim, permeando suas normas de caráter cogente de um viés privatista, promovendo verdadeira intersecção entre o público e o privado na resolução dos conflitos notadamente pela flexibilização do procedimento e pela cooperação entre as partes.

A necessidade “de soluções efetivas para atender a diversidade das demandas judiciais, que crescem em escala geométrica, enquanto os recursos humanos e de infraestrutura em escala aritmética”³, exigiu uma nova compreensão acerca do processo para adequação de novos institutos processuais em busca de efetividade na prestação jurisdicional.

A evolução de conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo – considerados por Dinamarco como “as quatro categorias jurídicas que compõem o núcleo estrutural do direito processual (os seus institutos fundamentais)”⁴ – permitiu pensar em formas alternativas para a busca da efetividade.

Nesse sentido, ao analisar o conceito de jurisdição idealizado por Cintra, Grinover e Dinamarco como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com

³ FLORES, Nilton Cesar. *Acesso à justiça e efetividade no processo*. In: Forum, v. 11, 2013, p. 16.

⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, São Paulo: 2001, p. 16.

justiça”⁵, evidencia-se que o papel ou interferência das partes é relegado a um papel secundário, senão inexistente. Vislumbra-se, de acordo com tal conceito, a ênfase no tocante à assunção pelo Estado da função de julgar com papel central na prestação jurisdicional.

O próprio conceito de processo, concebido como uma sequência de atos preordenados e coordenados tendentes ao exercício da função jurisdicional, teve de ser adaptado pela ciência processual assim como a própria definição do Direito Processual.

Segundo Dinamarco "Direito Processual é o conjunto de princípio e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal." "Essas regras, postas pelo Estado de modo imperativo, são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo."⁶

A compreensão do direito processual pelo referido autor denota a ideia de uma centralização do poder no Estado, cabendo às partes apenas o cumprimento das regras processuais impostas. Evidentemente que com a evolução do direito processual, passou-se a conceber um papel mais atuante das partes como se extrai do conceito de Sidnei Amendoeira Jr.: "chama-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem o exercício da jurisdição pelo Estado e a forma de colaboração das partes (exercício da ação pelo demandante e da defesa/exceção pelo demandado)."⁷

Dessa forma, para que se possa compreender as inovações preconizadas revela-se necessário analisar a evolução histórica do direito processual, ainda que breve, para que se compreenda de forma efetiva as razões para a proposta de uma maior participação das partes pela flexibilização do procedimento aliada à ideia de cooperação no processo.

Dentro de uma abordagem acerca da história processual, é possível identificar várias fases metodológicas do processo civil identificadas por Candido Dinamarco como sincretista, autonomista e instrumental. Já Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reconhecem quatro fases: praxismo, processualismo, instrumentalismo e o formalismo-valorativo⁸. No mesmo

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 131.

⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 15.

⁷ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Manual de direito processual civil. Volume 1. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

sentido, Fredie Didier reconhece as três fases antes descritas, porém nomina a quarta fase (atual) como neoprocessualismo⁹.

Independentemente da terminologia adotada, depreende-se efetivamente quatro fases com características próprias em relação à evolução do direito processual, iniciando-se pelo praxismo ou sincretismo.

Nessa fase (praxismo), concebida até meados do século XIX, o processo civil não correspondia a um ramo autônomo do direito, mas apenas uma “simples fração do direito privado”¹⁰. De acordo com Mitidiero e Oliveira o direito processual civil

era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização maior. Constituía assunto e interesse da *praxe judiciária*. O *processo* era compreendido com simples *forma* de resolução de conflitos – como mera sequência ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento, como mera sucessão de formalidades. A *jurisdição* tinha por função a realização de *direitos subjetivos*, com nítido matiz *privatista*. A ação era confundida com a *actio*, compreendida como inflamação do próprio direito subjetivo quando violado.

Tinha-se, nessa fase, a compreensão de que o processo servia apenas como meio para a realização dos direitos, desprovido de qualquer independência, sendo o mesmo mero “direito adjetivo”.¹¹

O processo representava mero “apêndice do direito material”¹², sendo a sua existência vinculada necessariamente à relação jurídica de natureza substancial (direito material) sem qualquer reconhecimento de sua autonomia.

No entanto, em 1868, Oskar Bülow desenvolveu a teoria acerca da autonomia (fase do processualismo ou fase científica do direito processual), estabelecendo de forma sistemática a distinção entre o direito material e a relação jurídica processual.¹³

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que

⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos Acesso em 05 de jan. de 2014, p. 5-6.

¹⁰ NUNES, Elpídio Donizetti. *Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo*. 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2013/01/12/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo/> Acesso em 05 de jan. de 2014.

¹¹ CINTRA et al., op. cit. p. 42

¹² OLIVEIRA, MITIDIERO, op. cit.. p. 13.

¹³ Ibidem.

avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião.¹⁴

Reconhece-se nessa fase - conforme visão de Cintra, Grinover e Dinamarco – a autonomia científica do direito processual, delineando-se as estruturas do sistema bem como a discussão e amadurecimento dos conceitos, sem, no entanto, haver uma postura crítica “sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.”¹⁵

A referida autonomia promovia o processo, como modo de exercício dos direitos subjetivos, a um meio para a consecução dos mesmos através da chamada tutela jurisdicional.

Nessa fase, “o processo definitivamente se separa do direito material”¹⁶, adotando uma visão excessivamente introspectiva no exame dos seus institutos, categorias e conceitos fundamentais¹⁷, o que acabou por tornar o processo a medida de todas as coisas (forma prevalecendo sobre o fundo).¹⁸

Evidencia-se, aqui, uma ênfase no aspecto técnico-dogmático do processo, sem contemplá-lo de um ângulo externo o que vem a corroborar a crítica apontada por Oliveira e Mitidiero:

O radical distanciamento do direito processual civil da realidade social produziu um processo incapaz de evoluir junto com os fatos sociais. Note-se que a ciência processual, porque de berço pandectística, nasce comprometida com a neutralidade axiológica inerente a esse momento da ciência jurídica alemã. Em outros termos, os processualistas alemães do final do século XIX imaginavam estar fundando uma ciência processual atemporal, infensa à história. Vale dizer: descomprometida com a cultura. Daí a razão pela qual o exacerbado conceitualismo levou igualmente à fuga da realidade social: se o direito não pertence à cultura, e pode ser teorizado no modelo epistemológico das ciências exatas, então os institutos de direito processual são invariavelmente institutos desligados da realidade social e válidos em qualquer contexto social.¹⁹

¹⁴ BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005, p. 6.

¹⁵ CINTRA et alli, op. cit. p. 43.

¹⁶ OLIVEIRA, MITIDIERO, op. cit. p. 13.

¹⁷ CINTRA et al., op. cit. p. 43,

¹⁸ OLIVEIRA, MITIDIERO, op. cit. p. 14.

¹⁹ Ibidem, p. 14.

A superação do tecnicismo acabou por fomentar a terceira fase metodológica, chamada de instrumental, que passou a adotar uma visão mais crítica voltando-se agora à “missão de produzir justiça entre os membros da sociedade.”²⁰

A guinada da fase autonomista ou processual serviu para identificar exatamente o aspecto marcante da terceira fase: a análise do direito processual de um ponto de vista externo, preocupado com a prestação jurisdicional efetiva tendente a buscar resultados de natureza prática.

Vislumbra-se, aqui, que o aspecto técnico encontra na efetividade da prestação jurisdicional o aspecto marcante dessa nova concepção de processo, assumindo a jurisdição papel de destaque nessa visão teleológica do direito processual. “O direito processual, portanto, deve privilegiar a importância dos resultados da experiência dos jurisdicionados com o processo, valorizando a instrumentalidade deste.”²¹

Dinamarco destaca que a

negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através deles) reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.²²

Exatamente porque voltada à ideia de efetividade, visualiza-se a jurisdição não mais apenas pela sua função de “declarar” o direito, mas também para operar “verdadeira reconstrução da ordem jurídica”²³, passando-se a pensá-lo dentro um contexto constitucional e sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Fredie Didier Jr. reconhece nessa fase, a que nomina como neoprocessualismo, a existência de uma relação circular de interdependência entre direito material e processual, inobstante existam diferenças funcionais entre os mesmos, onde “o direito processual concretiza e efetiva direito material, que confere ao primeiro o seu sentido.”²⁴

Busca-se, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, a efetividade do processo para alcançar a “ordem jurídica justa” sendo necessário ter a consciência dos objetivos a atingir bem

²⁰ CINTRA, op. cit. p. 43.

²¹ NUNES, op. cit. s.p.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-90.

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos Acesso em 05 de jan. de 2014, p. 6.

como conhecer e superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.²⁵

Essa relação direta do processo com a Constituição forneceu elementos para que se pudesse conceber a quarta fase metodológica valorizando-se “em maior escala o papel de todos que nele tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à nossa democracia constitucional”.²⁶

Nesse aspecto, Dierle Nunes reconhece algumas bases para esse modelo democrático de processo – processualismo constitucional democrático: perspectiva interpretativa tendente a “garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado”.²⁷

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que nomina a quarta e atual fase como do formalismo valorativo, reconhece que a base nos valores e nas normas estabelecidos da Constituição é que se dá a organização do processo, ressaltando os valores da segurança e da efetividade (plano axiológico), que se manifestam no plano deontológico nos direitos fundamentais da segurança e da efetividade.²⁸

Exatamente pela evolução do direito processual é que se revela possível que a flexibilização e a cooperação possam ser reconhecidos no atual ordenamento, adequado a uma nova ideologia processual, passando-se a analisar tais institutos de forma mais detida.

2 Flexibilização do procedimento

Consoante uma concepção tradicional de procedimento, este representaria o “modo pelo qual o processo se desenvolve”²⁹, observando para tanto as regras previamente definidas pelo Estado, no qual as partes estariam necessariamente vinculadas.

Estaria o procedimento relacionado com a noção de segurança jurídica e previsibilidade do sistema, salvaguardando os direitos das partes, razão pela qual as exigências de ordem técnica foram previstas como pressuposto da eficácia dos atos processuais.

²⁵ CINTRA, op. cit. p. 42.

²⁶ OLIVEIRA, MITIDIERO, op. cit. p. 15.

²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª. ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*.

²⁹ BERMUDEZ, Sergio. *Introdução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 129

A vinculação das partes a um procedimento previamente estabelecido em norma cogente reduziria a possibilidade de cometimento de arbitrariedades pelo juiz da causa.

No entanto, a forma não pode ser o centro sobre qual gravita o processo, alçando-a a um patamar superior ao próprio direito material nele versado. Nesse ponto, Gajardoni refere que “sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, essas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmo.”³⁰

Exatamente por isso, reconhece-se a possibilidade da flexibilização do procedimento sem que a segurança jurídica seja abalada porquanto seriam as “variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório útil”³¹, sendo o mesmo regrado e predeterminado judicialmente, sendo assim previsível.

Tem-se na ideia da flexibilização do procedimento o ideal de promover “em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa.”³²

A flexibilização não implica, de forma alguma, na ausência de normas procedimentais até mesmo porque necessária a ordenação dos atos para a efetiva prestação jurisdicional, mas na possibilidade de as próprias partes ou o juiz adequá-las às particularidades do caso.

Estar-se-ia, com a flexibilização, promovendo apenas o deslocamento do polo criador da norma, atualmente nas mãos do Estado, para as partes ou ao próprio juiz, desde com a prévia ciência daquelas. Bedaque reconhece tal possibilidade com a manutenção da ideia de segurança jurídica:

O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, consequentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual.³³

Marinoni compactando da mesma ideia reconhece a manutenção da segurança jurídica mesmo com a flexibilização do procedimento:

³⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n. 190. Abr;jun. 2011, p. 172.

³¹ Idem, p. 173.

³² Ibidem.

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 101.

O discurso de direito processual, ou seja, o que elege a técnica processual adequada em razão da exigência de uma norma aberta ou o que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista em lei, não representa qualquer ameaça à segurança jurídica, na medida que parte de um discurso que se apoia nos fatos e no direito material. O discurso processual objetiva atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material, e não pode esquecer que a técnica processual eleita deve ser a mais suave, ou seja, a que, tutelando o direito, cause a menor restrição possível ao réu. A justificação, obedecendo a esses critérios, dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional.³⁴

Tem-se, assim a possibilidade de uma mudança de paradigma, conforme Luiz Marcelo Cabral Tavares, “que, aliás, coaduna-se com uma nova ideologia, com um novo processo civil de feição constitucional.”³⁵

2.1 Flexibilização do procedimento no direito estrangeiro

A ideia, contudo, não é nova em termos de direito estrangeiro, havendo experiência de vários modelos de flexibilização do procedimento em outros países como Inglaterra, Estados Unidos, França e Portugal, cada qual com suas nuances e particularidades.

No modelo estadunidense, apegado ao modelo adversarial (*adversary system*), há os chamados juízes gerenciais cujo movimento consiste em tentar “modelar o litígio e influenciar resultados”, “[...] eles negociam com as partes o curso, tempo e a extensão pré e pós-julgamento”.³⁶

Esse sistema *case management* – “parte do princípio que é dado ao magistrado e não mais exclusivamente às partes ou à lei, estabelecer qual a melhor rota a ser seguida para a solução da demanda.”³⁷

O modelo inglês, por sua vez, é dotado um diploma legal (*Civil Procedure Rules*), de 1999, que confere ao juiz poderes para direcionar o procedimento: “ele pode abreviar o

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 133.

³⁵ TAVARES, Luiz Marcel Cabral. *Perspectivas da flexibilização procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 5, Volume VII – jan/jun 2011, Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf Acesso em 06 de jan. de 2014, p. 144.

³⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume VI. 2010. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental#topo> Acesso em 20 dez. 2013

³⁷ *Ibidem*.

procedimento, julgando-o *in limine*, pode recombinar os atos processuais para a tutela das causas menores, pode prorrogar ou abreviar boa parte dos prazos legais, futuros ou já superados”³⁸

Com a promulgação das Rules of Civil Procedure, inúmeros poderes foram outorgados ao juiz inglês. Esses poderes de gestão, alguns nomeados de case management, autoriza o juiz a regular a direção do litígio e a conduzir o processo de forma a se alcançar a justiça substancial, conforme os objetivos estabelecidos.

A diretriz para a solução dos problemas detectados é o abrandamento dos excessos do adversary system. Incrementaram-se os poderes do juiz na direção formal do processo.³⁹

No modelo francês, visualiza-se maior cooperação entre o juiz e as partes, sendo traço marcante a contratualização do processo, que se revela de várias formas “como as convenções que visam evitar o processo, das que ocorrem durante o processo, de acordos relativos ao juiz, dentre outras”.⁴⁰

O modelo português, por sua vez, confere, no artigo 265-A do CPC⁴¹, ao juiz os poderes, após ouvidas as partes, para determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo bem como as necessárias adaptações.

Tal dispositivo estabelece

como princípio geral do processo, o princípio da adequação, facultando ao juiz, ouvidas as partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adegue perfeitamente às exigências da acção proposta, a possibilidade de adaptar o processado à especificação da causa, através da prática dos actos que melhor se adequem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.⁴²

O sistema português, contrário ao um modelo autoritário de processo, foi calcado em um ideal construtivista com a participação das partes para a efetiva realização do direito material, porém, apesar dos esforços, não contou com a adesão efetiva dos operadores do direito “seja por ainda não terem despertado para uma nova perspectiva processual, seja por estarem presos aos paradigmas precedentes da concepção liberal do processo.”⁴³

³⁸ GAJARDONI, Fernando Fonseca, op. cit., p. 113-114.

³⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit. s.p.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Artigo 265.º-A - Princípio da adequação formal. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

⁴² ABILIO NETO. *Código de processo Civil Anotado*. 18ª. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 354.

⁴³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit. s.p

Nesse contexto, Trícia Cabral identifica três modelos de flexibilização:

(i) por imposição legal (ex.: art. 654, conversão do arresto em penhora, do CPC brasileiro); (ii) decorrente de ato judicial (ex.: o *case management* inglês e as adaptações do procedimento do direito português); e (iii) por ato das partes (ex.: *contract de procédure* do direito francês).⁴⁴

Gajardoni, em uma análise mais aprofundada, relaciona quatro espécies: a) legal genérica, “que se dá através de disposição, sob a forma de uma cláusula geral, que permite ao juiz o encaminhamento de casos singulares, adaptando o procedimento à situação das partes ou do direito material debatido”; b) legal alternativa, “que permite a flexibilização, mas pré-determina os atos processuais possíveis de serem adequados à situação concreta”; c) judicial, pelo qual sendo “inexistente procedimento legal adequado para a tutela do direito ou da parte, compete ao juiz proceder à adaptação, ainda que, para isto, tenha que se afastar do regime normativo”; e d) voluntária, no qual “competiria às partes eleger o procedimento processual adequado, ou ao menos parte dos atos processuais da série”.⁴⁵

Tais espécies identificadas a partir dos modelos no direito estrangeiro inspiraram os legisladores brasileiros a inserir essa nova perspectiva de processo no novo Código de Processo Civil, aliando à ideia da cooperação das partes, em busca de efetividade, como abordado adiante.

2.2 Flexibilização, cooperação e o novo CPC

A flexibilização do procedimento representa traço marcante tanto no anteprojeto do novo CPC (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) quanto no Projeto de Lei nº 8.046/2010, vindo acompanhada da colaboração das partes, erigida a princípio orientador do processo.

No tocante à flexibilização, o artigo 107 do anteprojeto (Projeto de Lei nº 166/2010), que trata dos deveres e responsabilidades do juiz, previu, no inciso V, a possibilidade do juiz: “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”.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 284 p. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 10 de jan. de 2007, p. 248-249.

O grau de abstração do referido dispositivo ensejou preocupação pela ausência de “indicativo da forma e dos limites da flexibilização do procedimento” capaz de fomentar, na prática, “dúvidas e problemas pessoais” “ensejando uma indesejada insegurança jurídica que pode comprometer, em última análise, a própria aceitação dessa técnica”.⁴⁶

Ocorre, no entanto, que tal liberdade não representa, por si, insegurança para as partes nem arbítrio do juiz, “representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo legal.”⁴⁷

Com redação similar, porém atenuando tal poder judicial de modo a especificar os aspectos passíveis de adequação procedimental, o artigo 118, inciso V, do Projeto de Lei nº 8.046/2010 estabeleceu a possibilidade de o juiz “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

Verifica-se que inicialmente (anteprojeto) a flexibilização do procedimento era ampla e voltada exatamente à adequação à especificidade do conflito, trazendo como prioridade o respeito ao contraditório. A flexibilização trazida pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010 foi mais conservadora, limitando o poder judicial a apenas alguns aspectos do procedimentos, sem expressar, contudo, a observância do contraditório, fazendo crer que tal medida independe da participação ou anuência das partes.

Walter Rodrigues atribui a mitigação da flexibilização procedimental ao fato de que o texto do anteprojeto era insatisfatório e em razão da pressa na apresentação do mesmo, sem uma reflexão madura, referindo, em tom jocoso, que “se o texto originário viesse a ser votado, aprovado, sancionado, promulgado e publicado, finalmente estaria legalizada a realidade de que cada juiz tem seu Código de processo Pessoal.”⁴⁸

Sob o viés da mitigação da preclusão dos atos processuais, Fernando Rubin analisa a alteração da redação inicial:

⁴⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit. s.p.

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 437.

⁴⁸ RODRIGUES, Walter dos Santos. *Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: . O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Org. RODRIGUES, Walter dos Santos SOUZA, Maria Cristina Xavier de. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 149-150.

Mesmo que se possa discutir se a versão antiga do Projeto era mais ampla e tecnicamente mais apropriada (como parece), certo que a ideia da adequação formal, impondo uma *flexibilização procedimental (por força de lei)*, mantém-se inserida nessa última versão do Projeto e determina, ao menos, a mitigação da aplicação da preclusão, a partir da oportunidade em que se reconhecem os prazos na instrução como dilatórios.⁴⁹

Tal redução dos poderes judiciais tendentes à flexibilização deve-se a

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, perca-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.⁵⁰

Apesar do aparente retrocesso, foi comemorada pela doutrina a alteração ante a necessidade de uma maior flexibilidade ao procedimento “de modo a que desse se extraia melhor resultado”, obedecendo-se um critério de razoabilidade e de utilidade para que se alcance o objeto do processo.⁵¹

Reitere-se que essa flexibilização procedimental, ainda que como mera proposta legislativa, somente se revelou possível pela alteração de um paradigma em relação à ideologia e visão de processo, agregando-se àquela a maior participação das partes no processo.

Apesar de não ter sido dado o destaque como inovação do projeto, “não há a menor dúvida que o projeto adotou a colaboração ou a cooperação como uma de suas linhas mestras”.⁵²

A cooperação, erigida a princípio, constitui as bases do processo civil do Estado Constitucional “⁵³, representa “verdadeira limitação às prerrogativas e poderes conferidos ao magistrado”, impondo-lhe conduta como verdadeiro agente colaborador do processo, participante ativo do contraditório”.⁵⁴

⁴⁹ RUBIN, Fernando. *Flexibilização do procedimento e prazos dilatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603>. Acesso em jan. 2014.

⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2 (2013), nº 2 / pp. 1129-1159 Disponível em <http://www.idb-fdul.com/> Acesso em jan. 2014.

⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A flexibilidade procedimental como instrumento aliado da celeridade e da efetividade do processo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184713,21048-A+flexibilidade+procedimental+como+instrumento+aliado+da+celeridade+e> Acesso em jan. de 2014.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

⁵³ Idem, p. 48.

⁵⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16ª ed. rev., ampl. e atual. especialmente de acordo com as Leis nºs 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94.

Extrai-se a importância de tal princípio eis que “dentre os princípios processuais, o da cooperação é digno de maior aplicabilidade nos tempos hodiernos, pela simples necessidade que o jurisdicionado tem de receber, de forma mais primorosa, a prestação jurisdicional”.⁵⁵

A cooperação preconizada pelo novo CPC não representa a colaboração entre as partes, mas a do juiz para com as partes, até mesmo porque essas “obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”.⁵⁶

Nesse ponto, justificável a supressão do termo “entre si” da redação do artigo 5º do Projeto de Lei nº 166/2010, passando a constar, no Projeto de Lei nº 8.046/2010, apenas a cooperação das partes com o juiz: “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando ~~entre si~~ e⁵⁷ com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

Como apontado por Fredie Didier Jr.,

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. (...) O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.⁵⁸

Dierle Nunes, analisando o sistema processual português, refere tal princípio “cria para o magistrado os deveres de prevenção, esclarecimento, assistência às partes e, principalmente, consulta às partes sobre os pontos fáticos e jurídicos que cercam a demanda”.⁵⁹

Afirma o autor que “não existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim interdependência, fazendo-se inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz”.⁶⁰

⁵⁵ SOUSA, Fernando Alves de; COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. *A justiça deve se adaptar à realidade dos novos tempos*. In: Consultor Jurídico, de 06 de setembro 2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-set-06/justica_adaptar_realidade_novos_tempos?pagina=2 Acesso em jan. de 2014.

⁵⁶ MARINONI; MITIDIERO, op. cit. p. 48.

⁵⁷ Expressão suprimida no artigo 5º do Projeto de Lei nº 8.046/2010.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, nº 127, set. 2005, p. 75.

⁵⁹ NUNES, Dierle, op. cit. p. 124.

⁶⁰ Idem, p. 256.

Nesse contexto, revela-se em consonância com esse novo modelo de processo o disposto no artigo 8º, tanto do anteprojeto (PJM nº 166/2010) quanto do projeto de lei nº 8.046/2010: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável.”

A ideia, portanto, de um processo cooperativo visa essencialmente a promover a efetividade da prestação jurisdicional, impondo uma conduta mais ativa do juiz, complementando a ideia de um procedimento flexível adaptado ao conflito.

Sem a necessária cooperação ou colaboração, estaria a flexibilização procedimental comprometida ou fadada ao insucesso pela não adesão das partes nesse modelo de processo proposto pelo novo Código de Processo Civil.

3 Considerações finais

A conjugação da flexibilização procedimental e da implementação de um processo cooperativo induz à ruptura da concepção atual de processo marcado pela rigidez da norma processual, de caráter cogente, e pela submissão das partes àquelas.

Esse novo olhar sobre o processo, possível através da previsão de tais institutos no novo Código de Processo Civil, tem como ideal a consecução de uma prestação jurisdicional efetiva voltada à busca de uma solução justa e em tempo razoável.

Esse novo paradigma de processo abandona a ideia de uma norma processual rígida e cogente, de observância estrita da forma – que tem o processo como fim e não como meio – destacando o papel do juiz e das partes na busca da solução do caso proposto.

Muito embora seja peculiar a forma da flexibilização inserta no novo Código de Processo Civil, pela não coincidência exata com outros modelos existentes no direito estrangeiro, representa a mesma verdadeiro avanço capaz de permitir a transformação do processo como um todo, valorizando-se a efetividade ao invés da forma e adequando-se tal busca às especificidades do caso concreto.

Para tanto, faz-se necessário uma mudança radical de mentalidade das próprias partes, tendo aqui o princípio da cooperação papel fundamental de modo a fomentar uma participação mais ativa dos sujeitos processuais, atribuindo a responsabilidade a todos.

Tais proposições, apesar da resistência inicial às mesmas, tendem a ser implementadas de modo a concretizar o processo como verdadeiro instrumento de proteção dos direitos e em sintonia com os ideais constitucionais.

Nesse ponto, forçoso reconhecer que a crítica tecida no sentido de que a flexibilização procedimental ensejará insegurança jurídica revela-se infundada porquanto eventual alteração no procedimento deverá adequar-se aos demais princípios constitucionais processuais, mantendo-se a ideia de previsibilidade e confiabilidade.

Como já demonstrado pela experiência da flexibilização procedimental em outros países, o risco de arbitrariedades pelo juiz resta sensivelmente reduzida exatamente pela maior participação das partes (processo cooperativo), sendo, entretanto, necessário que juntamente com tal evolução legislativa se tenha, igualmente, a alteração da mentalidade de cultura jurídica atual.

4 Referências bibliográficas

ABILIO NETO. *Código de processo Civil Anotado*. 18^a. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 354.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BERMUDES, Sergio. *Introdução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 8.046/2010*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> Acesso em 05 de setembro de 2013.

BRASIL. Senado federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em dez. de 2013.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume VI. 2010. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental#topo> Acesso em dez. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, nº 127, set. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos Acesso em 05 de jan. de 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, São Paulo: 2001.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16ª ed. rev., ampl. e atual. especialmente de acordo com as Leis nºs 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo*. 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2013/01/12/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo/> Acesso em 05 de jan. de 2014.

FLORES, Nilton Cesar. *Acesso à justiça e efetividade no processo*. In: Forum, v. 11, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n. 190. Abr;jun. 2011.

_____. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 2 (2013), nº 2 / pp. 1129-1159 Disponível em <http://www.idb-fdul.com/> Acesso em jan. 2014.

_____. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 284 p. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 10 de jan. de 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____.; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª. ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUES, Walter dos Santos. *Reflexões sobre os poderes do juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Org. RODRIGUES, Walter dos Santos
SOUZA, Maria Cristina Xavier de. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RUBIN, Fernando. *Flexibilização do procedimento e prazos dilatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603>. Acesso em jan. 2014.

SOUSA, Fernando Alves de; COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. *A justiça deve se adaptar à realidade dos novos tempos*. In: Consultor Jurídico, de 06 de setembro 2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-set-06/justica_adaptar_realidade_novos_tempos?pagina=2
Acesso em jan. de 2014.

TAVARES, Luiz Marcel Cabral. *Perspectivas da flexibilização procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 5, Volume VII – jan/jun 2011, Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf Acesso em jan. de 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A flexibilidade procedimental como instrumento aliado da celeridade e da efetividade do processo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184713,21048-A+flexibilidade+procedimental+como+instrumento+aliado+da+celeridade+e> Acesso em jan. de 2014.