ADAPTABILIDADE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Arnaldo de A. Machado Júnior*

Dhebora Mendonça de Cerqueira**

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise da adaptabilidade do procedimento às particularidades da causa, fenômeno abordado no anteprojeto e projetos do novo Código de Processo Civil brasileiro. Inicialmente, cuida-se de entender o processo em sua evolução histórica (fases metodológicas) para, em seguida, adentrar especificamente ao tema da adaptabilidade, tanto no Brasil, como em outros países. A busca pela celeridade processual em conjunto com a qualidade da prestação jurisdicional reclama a utilização de novos métodos no deslinde judicial das controvérsias. Dessa forma, a adaptabilidade se mostra como uma dentre as várias propostas que visam à efetivação dos fins pretendidos com a elaboração do novo código. Apenas pode ser aplicada, no entanto, quando necessária para aperfeiçoar a tutela do bem jurídico e efetivar as garantias processuais, objetivos consentâneos com a atual fase do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

PALAVRAS-CHAVE: Adaptabilidade. Procedimento. Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

Enfrentar as razões da morosidade judicial – e combatê-la – foi o principal objetivo da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil que fora instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, no final de setembro de 2009. Partiu-se da premissa de que justiça tardia é justiça denegada, de modo que se tentou formular um código que observasse a duração razoável

* Advogado, Especialista e Mestre em Direito Processual Civil, professor da graduação em Direito da UFS, Estácio Fase e Fanese.

** Acadêmica do 7º período do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

do processo, habilitado dessa forma a prestar a tutela do bem jurídico em tempo adequado.

A comissão de notáveis, capitaneada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, lançou mão de um estudo acurado do direito processual alienígena, com a finalidade de elaborar um código de processo simples e eficiente, célere e garantista, produtor de processos e procedimentos realmente justos, sob o ponto de vista constitucional.

Após inúmeras reuniões e diversas audiências públicas em todo o país, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi concebido e entregue ao Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, no dia 08 de junho de 2010. O anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, devidamente aprovado, após a inclusão de alguns substitutivos ao texto originário. Chegando à Câmara dos Deputados, transformou-se no Projeto de Lei nº 8.046/2010, pendente de diversas diligências e audiências públicas, já deferidas, sinalizando que o debate legislativo na aludida Casa em torno do novo Código de Processo Civil ainda levará algum tempo para ser concluído.

Como não podia ser diferente, a elaboração de um novo Código de Processo Civil desperta preocupação em todos os setores da sociedade, sobretudo entre os operadores do direito. Diuturnamente estudiosos do direito processual civil têm contribuído com a ciência processual, através da publicação de valorosos trabalhos científicos. Todavia, pela própria natureza e grandeza do direito processual civil, há pontos importantes pendentes de uma maior reflexão.

Seguindo essa linha de raciocínio, o presente artigo jurídico tem o objetivo de trazer à baila questões relevantes que envolvem a compreensão do direito processual civil contemporâneo, dando especial ênfase à possibilidade, segundo o anteprojeto do novo Código de Processo Civil e os projetos de lei correlatos, de o magistrado adaptar (adequar) o procedimento às particularidades da causa, desde que atendidas algumas condições previstas em lei.

2. LINHAS EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL

Para uma melhor compreensão acerca do tema, e de suas nuanças, torna-se necessário, inicialmente, transitar pelas linhas evolutivas do direito

processual, consistentes em diferentes formas de ver a jurisdição, a ação e o processo ao longo da história, componentes reconhecidos da trilogia estrutural do direito processual.[1]

Tradicionalmente, quando se estuda as linhas evolutivas do direito processual, citam-se três etapas: a) imanentismo, sincretismo, praxismo ou procedimentalismo; b) científica, da autonomia ou processualismo; c) instrumentalidade. Atualmente há forte respaldo doutrinário em defesa de uma quarta fase ou linha, denominada neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

A primeira linha, predominantemente denominada imanentismo, envolveu um momento em que sequer era devido falar em direito processual, já que não havia ciência processual. Existia, em verdade, uma confusão entre os planos material e processual. O processo, nesta fase, era secundário, adjetivo, consequencial, uma vez que o próprio direito material (principal, originário, substantivo), quando violado, trazia consigo a ação.[2]

A ação (direito material em movimento) era movida por uma sucessão de atos (procedimentos), concebidos como verdadeiros apêndices do direito material. Nesse toar, ao abordar sobre a teoria imanentista (civilista) da ação, destaca Neves[3]: "É evidente que na teoria imanentista não existe direito de ação sem existir direito material, até porque se trata do mesmo direito em diferentes estados (estático e em movimento)". As formas eram inclusive estudadas pelos juristas que estudavam o direito civil. Não existiam processualistas, mas tão somente civilistas.

Não se tinha conhecimento da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica material, que de regra liga os sujeitos do processo. O processo, enquanto conjunto de formalidades para a atuação do *direito substantivo*, era um *direito adjetivo*. Contudo, contemporaneamente, consideram-se ultrapassadas essas denominações, por conta da precisão científica já alcançada pelo direito processual.[4]

Essa fase perdurou até o século XIX, quando os alemães passaram a especular especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, fazendo surgir a linha evolutiva científica.

A fase científica, influenciada sobremaneira pelo racionalismo característico do iluminismo, teve como divisor de águas a publicação em 1868 da obra Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, do alemão Oskar Von Bülow, que trouxe uma contribuição imensurável para o desenvolvimento da ciência processual. Por meio dela, o processo fora

apresentado de forma autônoma ao direito material, convertendo-se de apêndice do direito material em uma relação jurídica que obedeceria a pressupostos próprios de existência e validade, proporcionando, desse modo, o reconhecimento do processo como ciência autônoma (direito processual).

A título de contribuição, menciona-se passagem da aludida obra de Bülow[5]:

> O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.[6]

Essa fase foi responsável pelas grandes construções conceituais do direito processual, a exemplo dos estudos sobre a ação, jurisdição, processo, pressupostos processuais, coisa julgada etc., que alicerçam a teoria geral do processo ainda hoje. No cenário acadêmico não foi diferente, vez que, por meio de uma compreensão científica do direito processual, o seu estudo passou a ser fomentado por grandes processualistas também nas universidades de direito, o que só contribuiu para o aprimoramento da ciência processual ao longo do tempo. Diante disso os cursos de direito passaram a incluir em suas grades curriculares disciplinas de direito processual. Essa fase ancorou-se no positivismo jurídico, tecnicismo e codicismo, este muito bem representado pelo Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), que entendia o ordenamento jurídico a partir de uma suposta completude do direito objetivo.[7]

Deixou-se de enxergar o processo como meio de satisfação exclusiva dos interesses das partes, para também compreendê-lo como veículo de pacificação social de conflitos. O resultado da relação jurídica processual passou a interessar também ao Estado. Não mais se confundia a natureza jurídica do direito material com a do direito processual, tendo em vista que

aquele é eminentemente privado, enquanto este, tutor de interesses estatais, passou a integrar o Direito Público.

O juiz aparece como vértice de uma relação jurídica processual angular (ou triangular), acima das partes. Isso porque o processo, enquanto ciência autônoma e vinculada ao direito público, desenvolve-se por meio de uma relação assimétrica entre indivíduo (jurisdicionado, partes) e Estado (Estado-juiz, magistrado).[8]

Compreende-se o processo sob a ótica da teoria dualista, segundo a qual o processo é um instrumento de realização do direito objetivo. O direito material ditaria regras abstratas, que se tornariam concretas por meio do processo, forte na subsunção (enquadramento do caso concreto à norma legal). O agir do magistrado não teria qualquer natureza criativa, mas apenas de realização do direito já previsto, positivado.[9]

O maior defensor da teoria dualista foi Chiovenda[10], o qual destaca: "O processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária".

Creditava-se ao Estado-Juiz, enquanto veículo para que o processo realize o direito objetivo[11] no plano concreto, a possibilidade de solucionar todos os tipos de conflitos sociais. Compreendia-se que a legislação tinha aptidão para prever todas as hipóteses de contendas interpessoais. A título de exemplo, citam-se alguns brocardos jurídicos utilizados até hoje, que bem simbolizam esse momento pretérito da evolução do direito processual: *da mihi factum dado tibi ius* (dai-me os fatos, que te darei o direito); e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).

Esse período se caracterizou também pelo surgimento de processualistas de relevo, que muito contribuíram para a fixação dos alicerces da ciência processual, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tulio Liebman, na Itália; Oskar Von Bülow, Adolf Wach, Leo Rosenberg e James Goldschmidt, na Alemanha; Jaime Guasp, na Espanha; Alfredo Buzaid, Lopes da Costa e Moacyr Amaral Santos, no Brasil.

Acontece que, apesar dos altos níveis técnico-dogmáticos atingidos na fase científica, o conteúdo das decisões e a efetiva produção de justiça permaneciam falhos. O sistema processual necessitava aprimorar o seu papel deontológico, com o objetivo de construir uma lógica jurídico-processual apta a proporcionar resultados práticos desejados, justos. É então que surge, por volta de meados do século XX, a terceira fase metodológica do direito processual, denominada instrumentalidade.

Dedica-se agora o processualista a buscar meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional e torná-la mais segura e célere. A segurança, protagonizada pelo devido processo legal, alicerça-se no contraditório e na ampla defesa; enquanto a celeridade toma por base a eliminação dos formalismos inúteis que permeiam a ciência processual. Entende-se que o titular do direito material tem direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, de modo que a resposta jurisdicional possa se aproximar do que se compreende por justiça.[12]

A fase da instrumentalidade fora bem articulada em nosso ordenamento jurídico por Cândido Rangel Dinamarco, por meio de sua obra *Instrumentalidade do Processo*, que sublinha com maestria os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. O processo passou a se importar, de maneira irrefutável, com o resultado alcançado pelo jurisdicionado. Essa fase foi responsável por uma releitura do direito processual, desta vez voltada para a realização do direito material, sendo inclusive fonte de inspiração das reformas processuais que se fizeram presentes nos últimos anos em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da criação da Tutela Antecipada, do sincretismo processual entre as fases de conhecimento e execução etc.[13]

O processo como instrumento serve ao Estado com vistas a alcançar os seus escopos. Auxilia a pacificação social, com a justa decisão dos conflitos de interesses, e promove a educação para o reconhecimento e respeito aos direitos próprios e alheios (escopos sociais); preserva a liberdade e a autoridade do ordenamento jurídico (escopos políticos); e faz atuar a vontade concreta do direito material posto (escopo jurídico).

O processo deixa de ser indiferente ao direito material (visão introspectiva), e passa a se preocupar com o resultado da prestação jurisdicional, do ponto de vista do jurisdicionado, do detentor do direito material. As conquistas científicas são preservadas, ocorrendo apenas uma releitura de diversos institutos, a exemplo do formalismo processual[14], de modo que o objetivo do processo não esteja nele mesmo, mas sim na realização do direito material no plano concreto.

O direito processual é concebido como um mecanismo a serviço da prestação jurisdicional efetiva. A tônica da atuação jurisdicional passa a ser "julgar bem e depressa". Sobre o conteúdo da tutela jurisdicional, merece destaque passagem de Pérez[15]:

> El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el

> acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en um plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

Todavia, ainda que defenda os escopos sociais, políticos e jurídicos, Cândido Dinamarco, ao que nos parece, não enxerga possível ao juiz, por intermédio do direito processual, consoante necessidades do caso concreto, complementar o direito objetivo,[16] conforme:

> (...) o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. Não tem, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas (...).[17]

Sem sombra de dúvidas, o maior expoente dessa fase é o italiano Mauro Cappelletti[18], destacando-se no Brasil os juristas José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco.

Já a fase metodológica atual, denominada neoprocessualismo, desenvolvida a partir do pós-Segunda Guerra, mantenedora das conquistas da instrumentalidade, é legatária de todas as mudanças proporcionadas pelo neoconstitucionalismo. No Brasil, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo surgiu com a Constituição Federal de 1988.

Essa linha evolutiva pauta-se em pontos relevantes do pensamento jurídico contemporâneo, quais sejam: força normativa da Constituição, teoria dos princípios (o princípio deixa de ser técnica de integração e passa a ser espécie de norma jurídica), transformação da hermenêutica jurídica (papel normativo e criativo da atividade jurisdicional - princípio da

proporcionalidade - métodos de concretização dos textos normativos, que passa a conviver com a subsunção - técnica legislativa das cláusulas gerais) e expansão e consagração dos direitos fundamentais (teoria geral dos direitos fundamentais - dignidade da pessoa humana).[19]

Como bem destaca Didier[20]:

> Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica. Talvez o que marque este momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vem inspirando doutrinadores em inúmeros países.

Não existe ainda uma conceituação precisa para o neoconstitucionalismo. Entretanto, infere-se que seu nascimento decorreu da necessidade de se exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes até então. Nessa linha de raciocínio, enquanto o caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas limitar o poder (divisão de poderes), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo reside na concretização dos direitos fundamentais.[21]

Os postulados do neoconstitucionalismo foram também aplicados ao estudo do direito processual, de modo que hoje já não é novidade ouvirmos falar em direito fundamental de acesso à justiça, ao contraditório etc. Essa mudança é tão significativa que tem proporcionado uma releitura de vários princípios constitucionais do processo, a exemplo do devido processo legal, que dialoga com o denominado devido processo legal substantivo, e do contraditório, que por sua vez dialoga com o contraditório efetivo, responsável também, salvo melhor juízo, pelo surgimento de outro princípio: cooperação ou colaboração.

A construção de técnicas processuais destinadas a extrair a maior utilidade possível de cada processo, visando sempre a um resultado efetivo, adequado e célere (processo justo), tem sido a tônica do direito processual contemporâneo. Ao contrário do Estado liberal ou legalista, hoje o Estado Democrático Social de Direito exige uma postura proativa do Estado-juiz, o que passa por uma ampliação dos poderes do Poder Judiciário, legitimada na própria Constituição Federal, ou melhor, na concretização das normas constitucionais.[22]

Atualmente a atuação jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário tem legitimação democrática, ancorada na própria Constituição Federal, que respalda sua atuação intervencionista, quando necessária à realização de direitos fundamentais. O processo judicial apresenta-se como um espaço público democrático, apto a garantir o protagonismo do povo no processo de construção das decisões de seu interesse.

Consoante Mitidiero[23]:

> Ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material com ao direito processual.

Não é por outra razão que, no dia a dia forense, nos deparemos com situações concretas que exigem flexibilização de normas cogentes, outrora intocáveis, a exemplo das procedimentais. A utilização de cláusulas gerais, que permitem uma margem de discricionariedade ao magistrado, demonstra, de forma inequívoca, que o magistrado atualmente tem o poder-dever de transcender a subsunção.

Nesse contexto, compreende-se o ordenamento jurídico sob a ótica da teoria unitária, segundo a qual o direito objetivo não tem aptidão para disciplinar todos os conflitos de interesses. Nesses casos, cabe ao direito processual a complementação dos comandos legais (direito objetivo), por serem estes incompletos.[24]

O maior expoente da teoria unitária foi Francesco Carnelutti[25], segundo o qual:

> A palavra processo serve, pois, para indicar *um método para a formação ou para a aplicação do* direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa (...).

O neoprocessualismo exige também uma releitura dos brocardos jurídicos supracitados "*da mihi factum dado tibi ius*" e "*iura novit curia*", vez que não se compreende mais o direito objetivo como autossuficiente, consoante o positivismo jurídico, mas como algo que carece de completude em alguns

casos. E essa completude é obtida por intermédio da sentença judicial, resultado da subsunção ou da concretização de normas-princípio no caso concreto.

Nessa argúcia, tem-se debatido até mesmo se o direito seria exclusivamente *scientia juris* ou *juris prudência.* Sobre esse ponto, merece destaque abordagem de Zagrebelsky[26]:

> Resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo profundo significado originario ya no se percibe hoy, entre *scientia juris* y *juris prudentia*, la primera como racionalidade formal, la segunda como racionalidade material, es decir, orientada a los contenidos (...). Se ha dicho que *scientia* y *prudentia* expresan también una sucesión de grandes épocas del derecho. La ciencia sería la aportación del racionalismo que ha caracterizado al mundo moderno, mientras que la prudencia sería expresión de una racionalidad material orientada a valores (...).

A fase do neoprocessualismo, legatária dos estudos característicos da instrumentalidade, também impõe uma releitura do formalismo processual, destinado a prestigiar a justiça no plano concreto, levando-se em conta sobremaneira o devido processo legal (substantivo).

Merece registro ainda que, sob a liderança do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, desenvolveu-se a teoria do formalismo-valorativo, que muito se aproxima do neoprocessualismo, destacando uma maior preocupação com a ética e com a boa-fé no processo. Essa perspectiva alcança reflexões em torno da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos, da ordenação do procedimento e da organização do processo, tendo em mira atingir as suas finalidades principais (processo justo).

3. ADAPTABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

A inovação trazida pelo projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, que possibilita ao magistrado a adaptação (ou adequação) do procedimento às peculiaridades do caso concreto, não é novidade no âmbito do direito alienígena. Muitos países europeus têm adotado a adaptabilidade

procedimental como meio de proporcionar o binômio segurança/celeridade na atividade jurisdicional.

A Inglaterra é um desses países. A adoção de um dos três ritos previstos em lei – *small claims track*, *fast track* ou *multi track* – ocorre com observância de alguns parâmetros legais (*Civil Procedure Rules*), tais como o valor da causa ou a sua complexidade. Dentre essas regras procedimentais, apresenta-se uma lista de poderes (*powers of management*), com base nos quais o magistrado emite ordem, com o objetivo de melhor gerir o processo e de permitir a justiça, a economia e a celeridade no âmbito do Judiciário, adequando a forma às particularidades da causa.

Na França, à semelhança do que ocorre na Inglaterra, adota-se o rito de acordo com a complexidade do caso e, segundo *Code de Procédure Civile* de 1975, são também três os ritos previstos – *circuit court*, *ciruit moyen* ou *circuit long*. Após a reforma do CPC francês, em 2005, surge o *contrat de procédure* (art. 764)[27], por meio do qual as partes e o magistrado da instrução podem decidir sobre diversas questões procedimentais, estimulando a boa-fé das partes e a adaptabilidade do procedimento de acordo com as necessidades do litígio. Relaciona-se com a cooperação entre partes e juiz, princípio relevante para o direito processual francês.

Na Alemanha, permite-se ao Presidente da Corte a designação de uma audiência preliminar anterior à audiência principal, desde que provável o acordo entre as partes ou um procedimento escrito. Tal previsão encontra-se no § 272[28] da *Zivilprozessordnung*.

Essa sistemática também foi assegurada pelo *Codice di Procedura Civile*[29] da Itália. A partir da reforma realizada em 2009, o juiz deve, na fase instrutória, proceder da maneira que entender mais oportuna em termos de atos de instrução relevantes em relação ao objeto da demanda. No entanto, observa-se aqui a adaptabilidade apenas na fase de instrução e não em todo o processo, embora, ainda assim, se trate de importante medida qualificadora da prestação jurisdicional.

Apesar de o espaço reservado à adaptabilidade do procedimento na Inglaterra, França, Alemanha e Itália merecerem registro e análise, tendo em vista uma melhor compreensão dessa linha de raciocínio no direito comparado, não há como negar que o direito processual português está um passo à frente daqueles ordenamentos nesse particular.

Em Portugal, a adaptação do procedimento (princípio da adequação formal) é um dever do magistrado, nas hipóteses em que o procedimento

posto não se ajuste ao fim do processo no caso concreto, consoante o art. 265-A, do Código de Processo Civil português.[30] Ou seja, o magistrado terá o dever de ajustar o procedimento às necessidades da causa em situações em que tal providência seja imprescindível para os escopos do processo, de modo que, em regra, o procedimento previsto em lei deve ser o adotado pelo magistrado.

O legislador português, colimando aperfeiçoar o seu sistema processual, criou um regime especial mais simples e flexível (Decreto-lei nº 108/2006), que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios na justiça. A título de contribuição para o presente estudo, cita-se trecho da exposição de motivos do referido Decreto-lei:

> A natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação. Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras.

De outro lado, o legislador português condicionou a adaptabilidade à oitiva das partes, prestigiando assim o princípio do contraditório e, por via de consequência, nesse caso, o princípio da cooperação ou colaboração.[31+32] No sistema português o contraditório apresenta-se como um instrumento de contenção de abusos e arbítrios. Isto é, tem-se como *condition sine qua non* para a adaptabilidade do procedimento a prévia audiência das partes, demonstrando uma preocupação com o processo justo.

4. IDEOLOGIA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Compulsando-se a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, depreende-se que uma das grandes preocupações da época era

unificar o Código de Processo Civil, até então da competência legislativa dos Estados.[33+34] Não se manifestava naquele momento, com o hodierno destaque, o problema da morosidade.

Todavia, perlustrando a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, infere-se que a preocupação com a morosidade havia norteado os seus idealizadores, que buscavam oferecer ao jurisdicionado um instrumento processual apto a produzir decisões céleres e justas. Sobre essa linha de entendimento, pautada no aperfeiçoamento do processo, cita-se trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973: "As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça".

Ora, a preocupação com a rapidez do desenvolvimento processual está diretamente relacionada com a qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que, a depender do atraso no andamento do processo, a justiça da decisão estará seriamente comprometida. Entretanto, o combate à morosidade não é uma tarefa fácil, já que não se pode, no trato das normas processuais, confundir aceleração e celeridade, esta sim mantenedora das garantias processuais.

Como bem esclarece Canotilho[35], a proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada deve ser compreendida da seguinte forma:

> (...) ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça. Note-se que a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da proteção jurídica que traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.

Não se pode ignorar o fato de a morosidade processual malferir em uma escala crescente direitos dos jurisdicionados. Vários fatores contribuem

para esse cenário, mas três se destacam: - litigiosidade desenfreada, pós-Constituição de 1988, por conta de uma maior compreensão popular acerca dos direitos, inclusive dos relacionados ao acesso à justiça; - existência de vários remédios recursais; - excesso de formalidades.

Dentre os fatores sobreditos, o excesso de formalidades é o de maior relevância para o presente estudo. O formalismo excessivo é uma herança do tecnicismo, característico do positivismo e racionalismo, legados do Iluminismo do século XVIII, que também nortearam a ideologia do Código de Processo Civil de 1973.

Sabe-se que o formalismo surgiu da perspectiva de que as normas procedimentais necessitavam ser rígidas, de maneira que protegessem os jurisdicionados de eventuais arbitrariedades, especialmente dos magistrados. Assim seria possível garantir o devido processo legal, na medida em que seriam consagrados atos processuais de maneira impessoal, previsível e isonômica.

A atuação jurisdicional pautava-se na aplicação da subsunção, do silogismo jurídico, na existência das normas-regra, reservando os princípios para as hipóteses de integração sistêmica, de modo a garantir a previsibilidade das decisões e evitar abusos. Dessa forma, pode-se afirmar que o formalismo sempre se condicionou e se limitou ao interesse da justiça e dos próprios litigantes.

Com o passar do tempo, sobretudo diante da evolução do Estado Constitucional, que trouxe reflexões importantes a respeito da trilogia do direito processual e dos sujeitos processuais, percebeu-se que o juiz não teria como aplicar o silogismo jurídico integralmente em todos os casos, bem como que o processo, enquanto fenômenos social, político e jurídico, não se prestava a soluções de matemática exatidão. A incapacidade de previsão legal de todas as hipóteses possíveis de conflitos, sobretudo diante do aumento exponencial do catálogo de direitos e garantias, proporcionou um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso concreto.[36]

Foi sobre esse cenário que se desenvolveu uma linha de raciocínio jurídico importante para o presente estudo, pautada no banimento do formalismo excessivo (abuso do formal) em nome da justiça. Nesse sentido, cita-se passagem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:[37]

> O problema é entrevisto principalmente sob o ângulo visual do conceito de abuso de

> direito, decorrendo de uso inadequado da forma, ou não-sintonia com a finalidade para a qual estabelecida, uma espécie de exercício antifuncional da jurisdição, a importar dano para a justiça.

Atualmente combate-se a morosidade advinda do excesso de formalidades, isto é, de formalidades inúteis, que desaguam em procedimentos burocratizados, longos, descumpridores do princípio da duração razoável do processo.[38] O que se refuta é o excesso, o desnecessário, ou seja, a formalidade que não atende ao seu fim, que é emprestar garantia ao devido processo legal. Entende-se o devido processo legal sob sua ótica substantiva, preocupada com a existência de um processo que garanta um procedimento adequado às particularidades da causa. Em nome do devido processo legal substantivo, admite-se a adaptabilidade do procedimento como principal aliado da duração razoável do processo.

O dinamismo social, o crescimento exponencial do número de litígios e da complexidade das relações interpessoais foram alguns dos fatores determinantes para o rompimento com o formalismo excessivo. Fustiga-se a inflexibilidade procedimental, com o fito de garantir a concretização dos direitos fundamentais do processo. Associa-se o direito ao devido processo legal (substantivo) ao direito a um procedimento adequado às particularidades da causa, tendo como norte a teoria geral dos direitos fundamentais.

É sobre esse cenário que o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que instituirá o Novo Código de Processo Civil quer atuar. Até porque o principal desafio da ciência processual tem sido superar o problema da morosidade, sem perder de vista o dever de concretizar os direitos fundamentais do processo.

Isso não quer dizer que o procedimento padrão deixe de existir, mas que seja possível ao juiz, desde que ouvidas as partes e imprescindível às particularidades da causa, adequar o procedimento, de modo a garantir observância aos princípios constitucionais do processo no plano concreto.

O projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil brasileiro, com a prevalência do conteúdo sobre a forma, altera sobremodo os atuais paradigmas processuais e cria uma legislação amplamente harmonizada com a ideia de um Estado Social Democrático de Direito e com os princípios constitucionais do processo. Destaque seja feito ao princípio da duração razoável do processo, o qual, uma vez garantido nas relações jurídicas

processuais, reduzirá satisfatoriamente o maior problema atual da prestação jurisdicional no Brasil – a morosidade.

5. A ADAPTABILIDADE NO CPC DE 1973 E NO PROJETO DO NOVO CPC

O Código de Processo Civil de 1973, em vigor há quase 40 anos, vem sofrendo inúmeras alterações em seu texto, principalmente nas duas últimas décadas. Tem-se buscado incessantemente a inserção deste Código na lógica processual contemporânea de instrumentalidade, em detrimento do formalismo excessivo festejado à época de sua elaboração.

De fato, o Código de Processo Civil de 1973 foi idealizado sob a metodologia do processualismo científico, que carrega consigo certo louvor ao tecnicismo, conforme pode ser inferido das palavras constantes na exposição de motivos apresentada por Alfredo Buzaid: "Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal".

Esse elevado tecnicismo expressa-se pela previsão de inúmeros procedimentos especiais e vinculativos, que obrigam, consoante a inteligência do código vigente, partes e juízes a observá-los, independente de necessidades particulares da causa. Isso porque o procedimento é considerado questão de ordem pública, componente da estrutura do próprio processo, que transcende o interesse das partes, e alcança destacadamente a segurança jurídica.

Entende-se o procedimento enquanto conjunto de atos formatados pelo legislador, inflexíveis, garantidores da segurança jurídica, caracterizadora do devido processo legal. Impedindo-se, dessa forma, o manuseio arbitrário do procedimento por parte do juiz. Ou seja, por meio do caráter absoluto do procedimento, pretende-se engessar a atuação jurisdicional, de modo que o magistrado não tenha possibilidade de traçar caminhos desconhecidos pelo legislador.

De outro lado, ressalta-se que o Código de Processo Civil de 1973, mesmo se pautando em um tecnicismo exagerado, não ignorou a instrumentalidade das formas, consoante seu art. 154.[39] Por meio deste dispositivo legal, o legislador estabeleceu a informalidade dos atos processuais como regra procedimental, salvo previsão legal em contrário. Nessa mesma linha de raciocínio incorreu o legislador ao editar o art. 250, parágrafo único,[40]

homenageando a instrumentalidade das formas, define que o erro de forma do processo acarreta a anulação tão somente dos atos que não possam ser aproveitados, especialmente por resultarem em prejuízo à defesa.

Todavia, mesmo nos casos em que haja uma forma determinada, e o ato seja praticado de forma diferente, se valida o mesmo, desde que a finalidade tenha sido alcançada. A título de exemplo dessa linha de raciocínio, cita-se a permissibilidade de processamento e do enfrentamento da arguição de incompetência relativa, apesar de apresentada no interior da contestação, como matéria preliminar, não como incidente processual, apesar dos preceitos do art. 304.[41+42]

Nesse espeque, a jurisprudência pátria tem validado feitos que não tramitaram pelo procedimento legal, desde que não se aviste na hipótese prejuízo à defesa, nem tampouco comprometimento da finalidade. A exemplo, menciona-se o processamento equivocado pelo rito ordinário, nas hipóteses de causa de até 60 (sessenta) salários mínimos, quando o correto seria o processamento pelo rito sumário, forte no art. 275, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.[43+44]

Ou seja, o Código de Processo Civil de 1973 encontra-se apegado à forma procedimental prevista em lei, considerando-a questão de ordem pública, de interesse do próprio Estado, de modo que não cabem às partes nem tampouco ao juiz o seu manuseio, mesmo que tenha em mira melhor atender às necessidades da causa. Todavia, forte na instrumentalidade das formas, validam-se atos praticados em descumprimento aos preceitos legais, desde que atingidos os objetivos idealizados pelo legislador.

Sem sombra de dúvidas, percebe-se que a instrumentalidade das formas trouxe um avanço significado na maneira de enxergar o procedimento. Os objetivos passaram a ser mais importantes do que propriamente os caminhos, relegados para um segundo plano nesse momento da ciência processual. Entretanto, atualmente exige-se um algo mais. Impõe-se, além da possibilidade de convalidação de atos praticados em desconformidade com os preceitos legais, desde que observada a finalidade, também a possibilidade de adequação do procedimento, mediante um diálogo franco entre os sujeitos do processo, visando a extrair do procedimento o seu maior potencial possível, rumo aos escopos social, político e jurídico.

Essa visão contemporânea, típica da fase metodológica do neoprocessualismo, foi abraçada inegavelmente pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. Depreende-se que houve uma grande preocupação

com os direitos fundamentais do processo, razão pela qual foram inseridos logo em seu início 11 (onze) artigos destinados a tratar de princípios processuais, deixando patente o destaque dado pelo nosso direito processual civil a tais normas jurídicas.

A título de destaque, enfatiza-se o art. 6º, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que permite uma margem de discricionariedade ao magistrado ao aplicar a lei, conforme:

> Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil traz uma série de inovações procedimentais, inclinadas, sobretudo, ao enfrentamento da morosidade, no intento de fornecer uma justiça célere e adequada ao jurisdicionado.

Dentre as inovações trazidas, a que mais interessa ao presente estudo é a disposta no art. 118, inciso V, que outorga poderes ao magistrado para, a depender das particularidades da causa, e com o fito de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, ajustar o procedimento previsto em lei, desde que observados o contraditório e a ampla defesa.[45]

A possibilidade de o magistrado adaptar o procedimento às necessidades da causa vem atender aos preceitos do neoprocessualismo, arrimados nos direitos fundamentais do processo, que enxergam o processo civil sob a ótica do devido processo legal substantivo, norteado pela perspectiva de prestar justiça no plano concreto.

Ao contrário da instrumentalidade das formas prevista no Código de Processo Civil de 1973, que garante validade aos atos processuais descumpridores da forma estabelecida em lei, nas hipóteses em que a finalidade seja alcançada e inexista prejuízo à defesa, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil impõe ao magistrado o dever de adequar o procedimento às necessidades da causa no tocante aos prazos processuais e a ordem de produção dos meios de prova, sempre que tal medida emprestar maior efetividade à tutela do bem jurídico, observando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Registra-se que a versão original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 prestigiava ainda mais a adaptabilidade, conforme:

> **Art. 107.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)
> **V** – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;
>
> **Art. 151.** Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, não quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.
> **§1º.** Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.[46]

Já o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que partiu da versão final do Projeto de Lei nº 166/2010, conteve a adaptabilidade, com a finalidade de reduzir os poderes do magistrado nesse particular, conforme:

> **Art. 118.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> (...)
> **V** – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Encontra-se dificuldade para se posicionar sobre o acerto ou desacerto dessa mitigação da adaptabilidade, todavia, acredita-se que a nossa magistratura em regra tem adquirido ao longo dos últimos anos maior maturidade, de modo que o olhar e agir do gestor do processo, que mantém contato direto com as partes e mais próximo com o bem a ser tutelado,

pode ser determinante para se formatar os procedimentos de acordo com as peculiaridades das causas, melhor atendendo assim aos ditames dos direitos fundamentais do processo (neoprocessualismo), sobretudo do acesso à justiça (efetivo) e do devido processo legal (substantivo).

A adaptação ou adequação do procedimento às particularidades da causa já era defendida por doutrinadores de renome há bastante tempo, a exemplo de Guilherme Marinoni, segundo o qual tal medida teria aptidão para retirar do procedimento todas as potencialidades indispensáveis à justa solução da lide. A previsão de normas abertas, como a que permite a adaptabilidade do procedimento, viabilizaria a construção do direito à ação adequada às peculiaridades do direito material. Olhar-se-ia primeiro para a tutela do direito, para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias à sua promoção.[47]

O desafio para os juízes é encontrar o justo equilíbrio entre o poder que lhe é conferido e a impossibilidade de exercício da atividade legiferante. A previsão legal da adaptabilidade não autoriza o magistrado a ignorar o procedimento legal, sem balizas, mas apenas a ajustá-lo às necessidades da causa, atendidos os requisitos e limites legais, por meio da participação ativa das partes, forte no contraditório, com o fito de entregar uma prestação jurisdicional efetivamente justa. O limite ainda será o comando legal.

6. CONCLUSÃO

A partir do estudo da evolução do direito processual civil, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, impõe-se uma releitura dos elementos da trilogia processual (ação, jurisdição e processo), de modo a melhor atender aos seus escopos constitucionais. Mais especificamente sobre o processo, depreende-se que este, assim como o procedimento, deve ser manipulado tendo em vista o acesso à justiça (real), por meio de um devido processo legal (substantivo), ancorado nos direitos fundamentais materiais e processuais.

Essa leitura garantista exige também uma remodelação dos papéis (deveres e poderes) dos sujeitos da relação jurídica processual. Ao magistrado possibilita-se, e em algumas situações até se impõe, o desprendimento das amarras do silogismo jurídico, por meio de juízos discricionários, pautados na concretude das normas jurídicas. De outro lado, às partes assegura-se uma maior participação no processo de construção da decisão imperativa,

com fulcro nos direitos fundamentais do processo, especialmente do acesso à justiça (real), devido processo legal (substantivo) e contraditório (efetivo, colaboração ou cooperação).

Infere-se que o processo contemporâneo (instrumentalidade e neoprocessualismo) tem o objetivo inalienável de alcançar um resultado materialmente justo para o litígio. E essa ideia casa perfeitamente com a ideia da adaptabilidade. Não se pode falar em justiça quando a demora para o efetivo provimento judicial resta desproporcional em relação à complexidade da causa. A adaptabilidade, como meio para a realização de prestações jurisdicionais mais céleres, tende a contribuir sobremodo para o cumprimento das finalidades do processo (social, jurídica e política).

No entanto, é fundamental que se reconheça a excepcionalidade da medida. Não se trata de entregar um "cheque em branco" nas mãos do juiz e legitimar a sua possível arbitrariedade. O magistrado não estará autorizado a desconsiderar a lei ou – o que é pior – criar a sua própria lei. Os procedimentos a serem adotados no processo, inicialmente, deverão ser os legalmente previstos. Cabe a adequação nos casos em que esta seja necessária para garantir maior qualidade à tutela e para tornar efetivas as garantias constitucionais do processo.

Dentre essas garantias, destaque-se o princípio do contraditório, de incomensurável valor para o processo, e que não pode ser mitigado sob o argumento da necessidade de evitar a morosidade. Este princípio garante às partes a possibilidade de participarem do processo e influírem eficazmente na formação das decisões.

É, portanto, com esta garantia que as partes podem fiscalizar as condutas do magistrado e controlar os seus amplos poderes na análise e decisão dos litígios. A presença dos litigantes, a observarem o juiz em todos os momentos do processo, inibe possíveis arbitrariedades e permite o desenvolvimento de um processo "limpo", pautado na igualdade, na segurança jurídica, na legalidade e, principalmente, na justiça.

Outro princípio – não menos importante – a balizar a adaptabilidade do procedimento às particularidades da causa é o do acesso à Justiça. Não se trata de simples acesso ao Poder Judiciário, mas de acesso a uma ordem jurídica justa, a decisões pautadas na legalidade e proferidas em tempo razoável. A partir do fenômeno da adaptabilidade, busca-se a justiça do caso concreto, através de procedimentos adequados, justos, céleres e consentâneos com os princípios constitucionais do processo.

Desse modo, conclui-se que a adaptabilidade prestará uma contribuição importante para o aprimoramento do direito processual brasileiro, na medida em que permitirá uma melhor utilização do procedimento, de acordo com as necessidades da causa, sempre balizadas na própria lei, viabilizando densificar os princípios constitucionais do processo.

ADAPTABILITY IN THE PROJECT OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCESS

ABSTRACT: This study aims at analyzing the adaptability of the procedure to the details of the cause, which is addressed in the pre-projects and projects of the new Brazilian Civil Process Code. Initially, it deals with the process in its historical evolution (methodological phases), then later, its adaptability, not only in Brazil, but also in other countries. The search for fast processing, along with judging quality, must use new methods when judging controversies. This way, the adaptability seems to be one of the many proposals that aim at fulfilling its intentions with the elaboration of the new code. However, it can only be applied when necessary to improve judging well-being as well as making process guarantees possible, adequate objectives with the actual phase of the neo processing or valor agreement.

KEYWORDS: Adaptability. Procedure. New Civil Process Code.

Notas

[1] A respeito da trilogia do direito processual, registre-se passagem de Podetti: "Tres son, a mi juicio, las bases principales de la moderna ciencia procesal, que pueden considerarse por ello, como sus piedras angulares. Sobre ellas, aisladamente o en íntima correlación, han construido los procesalistas las teorías que la explican como rama autonómica de las ciencias jurídicas y sobre ellas debe asentarse la legislación positiva, con los datos contingentes, valorados de acuerdo a los principios procesales. Son ellas los conceptos de *jurisdicción*, de *acción* y de *proceso*" (PODETTI, J. Ramiro. *Teria y tecnica del proceso civil*: trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 99).

[2] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: gen/método, 2011, p. 88.

[4] Nesse sentido: CINTRA, op. cit., p. 48; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I, p. 08.

[5] BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 6.

[6] Sobre essa linha de raciocínio, destacam-se outras passagens de Bülow: "Se o processo é, portanto,

uma relação jurídica, apresenta-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, a respeito das demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta à questão relacionada com os requisitos a que se sujeita a origem daquela. É necessário saber dentre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato. Estes problemas devem colocar-se também na relação jurídica processual e não se mostram a seu respeito menos apropriados e fecundos do que se mostraram já nas relações jurídicas privadas" (BÜLOW, op. cit., p. 8); "Estas prescrições devem fixar – em oposição evidente com as regras puramente relativas à sequência do procedimento, já determinadas – os requisitos de admissibilidade e as condições previas para a tramitação de toda a relação processual" (BÜLOW, op. cit., p. 9).

[7] Alguns trechos da obra clássica de Montesquieu, *Do espírito das leis*, registram bem esse momento do pensamento jurídico: "(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos" (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 167-168); "(...) É essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas ideias" (MONTESQUIEU, op. cit., p. 598).

[8] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14. São Paulo: RT, 2009, p. 70.

[9] Sobre a Teoria Dualista, ver: ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 20.

[10] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas-SP: BOOKSELLER, 1998, v. I, p. 56 e 59.

[11] O direito objetivo é compreendido como o conjunto de normas que determinam a forma de agir dos indivíduos nas relações interpessoais havidas na sociedade.

[12] CÂMARA, op. cit., p. 09.

[13] Segundo Dinamarco: "O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23).

[14] Enfatiza-se que o formalismo combatido nessa fase metodológica é o formalismo excessivo, desnecessário à prestação jurisdicional, vez que, em verdade, não se pode ignorar que o formalismo surgiu com o objetivo de garantir o devido processo legal.

[15] PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdicional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 57.

[16] Essa linha de raciocínio é desenvolvida pelos adeptos da teoria dualista do ordenamento jurídico, que encontrou seu apogeu na fase científica do direito processual.

[17] DINAMARCO, op. cit., p. 243.

[18] Dentre suas obras, a que mais se destacou no cenário brasileiro foi "Acesso à Justiça", na qual o jurista italiano, em companhia de Bryant Garth, jurista norte americano, lançou mão de um estudo profundo sobre os principais obstáculos ao acesso à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988).

[19] Nesse sentido: DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2010, v. 1, p. 23-29; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo* e *Neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acessado em: 15 março 2011.

[20] DIDIER, op. cit., p. 25-26.

[21] AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 40-41.

[22] A título de contribuição para uma melhor compreensão desse ponto, cita-se passagem de Dinamarco: "É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou *declarativa*) e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do *iter* criativo (teoria unitária, ou *constitutiva*). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele (...)" (DINAMARCO, op. cit., p. 230).

[23] MITIDIERO, op. cit., p. 40.

[24] Sobre a Teoria Unitária, ver: ALVIM, op. cit., p. 21.

[25] CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas-SP: Servanda, 1999, v. I, p. 72.

[26] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. 8. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 123.

[27] Art. 764 (CPC francês): Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.

[28] § 272 Bestimmung der Verfahrensweise

(1) Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen.

(2) Der Vorsitzende bestimmt entweder einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (§ 275) oder veranlasst ein schriftliches Vorverfahren (§ 276).

(3) Die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung sollen so früh wie möglich stattfinden.

[29] Art. 702-ter. (Procedimento) (...)

Se non provvede ai sensi dei commi precedenti, alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande.

[30] Art. 265º- A (Princípio da adequação formal), do Código de Processo Civil português: 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.

[31] Art. 266º (Princípio da cooperação), do Código de Processo Civil português: 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de *ónus* ou dever processual, deve o

juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

[32] A respeito do princípio da cooperação no direito processual civil português, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: jusPODIVM, 2007, p. 183-197.

[33] A Constituição Federal de 1934 concentrou na União a competência para legislar em matéria de processo.

[34] A título de ilustração, segue trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939: "(...) de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; de outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós".

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 499.

[36] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 191-192.

[37] OLIVEIRA, op. cit., p. 196.

[38] Art. 5º (CF/88): (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[39] Art. 154, do Código de Processo Civil de 1973. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

[40] Art. 250, do Código de Processo Civil de 1973. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

[41] Art. 304, do Código de Processo Civil de 1973. É lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).

[42] Nesse sentido, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: CC 86.962/RO; CC 76.002/SP; REsp 885.960/CE. Destaca-se, no primeiro, o trecho que afirma: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou o rigor técnico da norma e passou a admitir a arguição de incompetência relativa em preliminar de contestação, sob o argumento de que o defeito não passa de mera irregularidade, a ser convalidada com base no princípio da instrumentalidade" (Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 13/02/2008, DJe 03/03/2008).

[43] Art. 275, do Código de Processo Civil de 1973. Observar-se-á o procedimento sumário: I – nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo.

[44] Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1131741/RJ.

[45] Art. 118, da versão final do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

[46] Destaca-se que o art. 107, inciso V, da versão original do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil, guarda correspondência com o art. 118, inciso V, da versão final do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil. Contudo, o art. 151, §1º, da versão original, não possui artigo correspondente na versão final.

[47] Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222-226; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I, p. 227-303; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*: crítica e propostas. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-90.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 40-41.
ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo.* 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.
BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I.
CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.* Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acessado em: 15 março 2011.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil.* Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas-SP: Servanda, 1999, v. I.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas-SP: BOOKSELLER, 1998, v. I
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2010, v. 1.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Leituras complementares de processo civil***.** 5. ed. Salvador: *jus*PODIVM, 2007, p. 183-197.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
_____. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.
_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC:* crítica e propostas.

São Paulo: Saraiva, 2010.
MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14. São Paulo: RT, 2009.
MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. São Paulo: gen/método, 2011.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdicional.* 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.
PODETTI, J. Ramiro. *Teria y tecnica del proceso civil*: trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. 8. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008.