

REFLEXÕES SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Fabio Caldas de Araújo

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Juiz de Direito no Estado do Paraná. Professor da Unipar Curso de Mestrado, Especialização e Graduação. Professor da Especialização da PUC-Cogea/SP. Professor da Especialização da UEL. Membro da *Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*.

Resumo: O novo Código de Processo Civil procura otimizar a relação processual entre as partes. Nesta tarefa assume grande relevância a possibilidade de flexibilizar o procedimento com a contribuição dos sujeitos processuais por meio da cooperação e da boa-fé processual.

Palavras-chaves: Cooperação, boa-fé, flexibilização procedimental.

1. O CPC de 2015 e o déficit procedimental

O novo CPC trouxe importantes modificações, as quais serão objeto de progressiva adaptação por parte de todos os operadores. Enganam-se aqueles que apregoam que as mudanças foram poucas e que não justificariam a redação de um novo Código.

Há uma tendência natural de resistir às modificações, especialmente no campo jurídico e principalmente quando existe legislação estabilizada pela jurisprudência.¹ Não é tarefa fácil assimilar as novas ondas do processo civil. Não falamos sobre o aprendizado dos institutos que são conhecidos estruturados, mas na mudança de perspectiva de sua aplicação com foco em dois pontos que consideramos cruciais: a) leitura constitucional e b) interação entre o direito processual e material.

O ano de 1994 pode ser considerado um marco introdutório para a abertura do caminho de construção do CPC/2015 com a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário por meio da lei 8952/94. Até então a urgência exigiria que os advogados formulassem pedidos por meio de cautelares nominadas ou inominadas, ou mediante a utilização de procedimentos especiais.² Em pleno século

1 Interessante perspectiva desta resistência pode ser analisada nos ciclos de debates que nortearam o CPC de 1973. Vide interessante colóquio com a participação dos saudos Barbosa Moreira, Galeno Lacerda e nosso maior processualista paranaense Moniz de Aragão, *in Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil – OAB/SC*, pp. 51-97.

2 A tutela antecipada acabou sendo estruturada nos procedimentos es-

XX o jurisdicionado brasileiro ainda não tinha condições de obter a tutela jurisdicional adequada quando a urgência fosse essencial para evitar o perecimento do seu direito.

O início das mini-reformas em 1994 demonstrou a preocupação dos operadores do sistema em atualizar o sistema processual e permitir a sincronia de compasso entre o direito material e processual. Ultrapassada a fase de isolamento do direito processual que foi compreensível pela necessidade de fundação de suas bases, a virada do século XXI impunha novos desafios. A ampliação do acesso à justiça e a desmaterialização da informação, especialmente pela adoção progressiva do processo eletrônico demonstrou que as reformas pontuais foram importantes, mas insuficientes. Um novo desenho se mostrava necessário com a formulação de um novo Código.

A técnica procedimental demonstrava sinais de claro esgotamento em um modelo que não correspondia às necessidades básicas para a profusão dos “novos direitos”.³ O

peciais com antecedência histórica, o que se comprova desde a época romana. Os interditos possibilitaram a concessão de medidas de urgência pelo pretor e a utilidade da ação possessória, assim como dos procedimentos especiais foi notória em auxiliar o procedimento de cognição plena a driblar sua fraqueza procedimental. Galeno Lacerda realizou excelente incursão sobre a origem e desenvolvimento das medidas liminares a partir das ações possessórias. Sobre o ponto, vide nosso estudo *Posse*, pp. 13-41, Forense, 2007.

3 Podemos elencar diversos exemplos em que se manifesta a deficiência do procedimento ordinário no período anterior. Uma das hipóteses mais famosas refere-se ao uso da posse para a defesa de direitos pessoais e que será abordada oportunamente. Outra hipótese é a tutela dos direitos da

século XXI também foi marcado pelo rompimento entre a dicotomia público-privado e pelo fenômeno da constitucionalização como suporte de eficácia aos direitos fundamentais materiais e processuais.⁴

Se até a metade do século XX ainda existia a possibilidade de construir o sistema jurídico com a noção de superioridade do Estado pela proteção ao bem comum (supremacia do interesse público sobre o interesse particular), a segunda guerra mundial acabou com o sonho estéril do positivismo jurídico. A imposição natural de busca de um novo parâmetro que não representasse uma volta ao direito natural ou mesmo o engessamento artificial provocado pelo legalismo tornou essencial a busca de um novo parâmetro.

O sistema jurídico, especialmente após a 1950, procura novos rumos para a paz e a segurança jurídica, com o reconhecimento de que as normas processuais também são normas fundamentais, na medida em que estabilizam a garantia propiciada pelo direito material (*Grundrechte als Verfahrensgarantie*).⁵

Nesta toada surge a compreensão quanto à insuficiência do discurso positivo como solução para a crise

personalidade por instrumentos voltados apenas para a técnica ressarcitória e pela ausência de mecanismos inibitórios.

4 Sobre o ponto, nosso *Curso de Processo Civil - Parte Geral- tomo I*, pp. 6-32, Malheiros, 2016.

5 Sobre a sustentação dos direitos fundamentais pela ótica procedimental: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*, p. 30.

de justiça. A compreensão quanto à necessidade de um patamar de proteção mínima do *sujeito de direito* rompe com a tecnicidade da relação jurídica. A teoria da relação jurídica foi essencial para permitir o nascimento dos Códigos Modernos com a estruturação dos diversos ramos do direito privado: direito das obrigações, reais, família e sucessões e do próprio direito processual após a genial sistematização de Bülow.⁶⁻⁷

Por outro lado, a relação jurídica estabeleceu um termo de igualdade entre o sujeito, o objeto e a forma. Estes três elementos foram essenciais para a compreensão do sistema de direito privado e público, mas na atualidade não permitem mais posição igualitária.

A existência dos direitos fundamentais processuais e materiais representam o destacamento do sujeito de direito desta equação linear (sujeito-objeto-forma). O ser humano

6 Genial contribuição de Savigny que no segundo volume de seu *Sistema* Savigny introduz a matéria com o tratamento das pessoas naturais como portadoras de relações jurídicas e afirma, na primeira frase, “jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer andern Person” (“cada relação jurídica consiste na ligação de uma pessoa com outra pessoa”) (*System des heutigen Römischen Rechts – Sistema Atual do Direito Romano* –, t. II, § 60, p. 1).

7 *Die Lehre von den Prozessierenden und die Prozessvoraussetzungen (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais)*, Gieses, 1868, reimpr., Aalen, Scientia Verlag 1969. Daí a afirmação de Goldschmidt: “O livro de Bülow teve um êxito sem precedentes. A Teoria da Relação Jurídica Processual e de seus pressupostos forma a base de todos os sistemas de processo, sendo indubitável que a partir de Bülow, e não antes, começa a formar-se uma Ciência autônoma do direito processual” (*Teoría General del Proceso*, trad. espanhola, Editorial Labor, p. 15).

é o centro de irradiação dos direitos e deveres. A sua proteção deve ser irrestrita, o que justifica a eficácia vertical dos direitos fundamentais como modelo de proteção do indivíduo em face do Estado.

Sem a compreensão desta dimensão axiológica que revela uma opção dos sistemas democráticos modernos de nada adiantaria qualquer reforma operada no direito material ou processual. Recentemente, o STJ decidiu, em sede de Recurso Repetitivo (REsp.1681690), que assiste legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação civil pública para a proteção da saúde de uma única pessoa.

Sob a ótica clássica, inexistente possibilidade jurídica ou legitimidade de agir para promover uma ação coletiva para a tutela de um interesse individual. Como justificar o manejo de uma ação coletiva para a proteção de uma única pessoa? A resposta não pode ser retirada do sistema infraconstitucional, mas apenas pela leitura constitucional.

A necessidade de proteção do direito fundamental da saúde e da vida permite que dogmas processuais sejam ultrapassados exatamente pela compreensão de que o direito é focado em benefício do ser humano e não o contrário. A importância de modelar e adaptar o sistema processual para a proteção integral do sujeito de direito revela o comprometimento moderno do sistema processual com a tutela dos direitos fundamentais.

1.1 Adequação do processo à realidade

A compreensão de que o processo deve servir a um fim prático e voltado para a realização dos direitos fundamentais exigiu uma nova postura por parte do legislador, cuja comprovação está refletida na postura principiológica do novo CPC.

A previsão de normas fundamentais na parte geral revela a interação natural entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais reconhecendo-se a necessidade do grande preparo dos juízes para enfrentar este novo desafio. Este é grande dilema do art. 489 do CPC e que deve ser corretamente compreendido pelos magistrados. A crítica ao dispositivo é infundada. Na medida em que o sistema confere maior poder ao juiz permitindo que o juiz possa preencher conceitos indeterminados ou mesmo se afastar do texto legal invocando princípios constitucionais. Nada mais natural do que exigir ampla fundamentação para estas hipóteses, o que atende ao Estado de Direito Democrático. Qualquer outra solução levaria ao arbítrio.

O enfrentamento ativo dos problemas colacionados ao processo exige postura diferenciada do magistrado. Este novo papel está atrelado à necessidade de gestão e coparticipação. O magistrado não mais conduzirá sozinho a relação processual, por meio de movimentos mecânicos e coordenados, mas com a participação ativa de todos os demais sujeitos processuais formando uma autêntica comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

A necessidade de cooperação (art. 6º CPC) revela palavra chave do processo civilizado e que deverá ser almejado a todo custo. A preferência pela via consensual (ADR) é clara e revela a mudança de perspectiva do procedimento comum. Optou-se pela tentativa de solução amistosa, ainda que em algumas situações residuais ela não seja viável (*konsensuale Konfliktlösung*). A cooperação é uma necessidade, em vista da realidade do processo civil global correspondendo a um dado extremamente relevante no Direito Europeu, em função do processo de integração econômica da Comunidade Europeia. A posição de supremacia do Tribunal Internacional exige uma atenuação do princípio da soberania e a necessidade de cooperação entre os Países-membros para que as decisões possam ser obedecidas e cumpridas de modo eficaz.⁸

Nesta visão propomos uma reflexão interessante sobre a mudança de paradigma quanto à possibilidade de flexibilização procedimental. A visão moderna do processo civil, inspirada pela sua leitura constitucional, influenciou dois pontos essenciais no que tange à estrutura do procedimento: a) papel ativo das partes na colaboração e construção do procedimento adequado e b) possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento em seu papel de gestão processual.

8 Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, pp. 539-540. Sobre os problemas da instituição de uma Constituição para a União Europeia, após o Tratado de Lisboa: Marianne Dony, *Après la Réforme de Lisbonne – Les Nouveaux Traités Européens (Após a Reforma de Lisboa – Os Novos Tratados Europeus)*, pp. 10 e ss.

O papel do advogado assume realce destacado no primeiro ponto, especialmente pela construção do negócio processual que poderá impactar consideravelmente na solução eficaz e célere do processo. Abordaremos brevemente esses dois itens com uma pequena retrospectiva sobre a evolução dos procedimentos especiais e com ênfase na atividade processual das partes na flexibilização procedimental.

2. O papel dos procedimentos especiais até o advento do CPC de 2015

Por motivos óbvios não podemos realizar a evolução histórica dos procedimentos. É importante ressaltar que o binômio processo/procedimento é indissociável. O procedimento revela a espinha dorsal da relação processual sendo marcado tradicionalmente pela *tipicidade, publicidade e dialeticidade*.

Não existe a possibilidade de decisão instantânea no processo. Somente a perfeição angélica, dotada da ciência infusa, tornaria possível uma sentença imediata, sem a necessidade de oitiva das partes. Mesmo Adão antes de ser expulso do Paraíso teve direito ao contraditório (Ubi est? - Gênesis 3:8:10).

O direito de ser ouvido (*in ius vocatio*) reclama a existência de um procedimento que permita a exposição da tese e da antítese para que o julgamento possa ser proferido. O procedimento é antes de mais nada, uma garantia das partes para que não sofram qualquer sanção sem a possibilidade de

explicação sobre os fatos que geram o desenvolvimento da relação processual e o conseqüente julgamento da demanda.

No processo romano, o procedimento era pautado pela rigidez e formalidade. A tipicidade fechada (*forma dat esse rei*) era a marca do processo civil romano. O seu descumprimento poderia propiciar o indeferimento da análise do direito material. A Lei das XII tábuas narram clássica narrativa de Gaio marcada pelo princípio do nominalismo. O erro procedimental quanto a utilizar a palavra árvore (*arbore*), ao invés de videira (*vides*), geraria o indeferimento do pedido feito ao pretor pelo erro quanto ao procedimento oral.⁹

A evolução do sistema jurídico propiciou o surgimento de diversos tipos de procedimentos especiais que seriam paralelos ao procedimento comum. Esta criação aconteceu já no direito romano e com grande aproveitamento por meio da criação dos interditos possessórios. A propriedade romana não poderia ser adquirida pelos estrangeiros ou conquistados e sua tutela era apenas admitida pela proteção da posse (*possessio*). O desenvolvimento do processo civil no período medieval e moderno levou à multiplicação dos procedimentos especiais como natural desenvolvimento das relações jurídicas civis e comerciais.

No Brasil, a importância dos procedimentos especiais pode ser visualizada pela grandiosa criação da teoria da

9 Ulrich Manthe, *Geschichte des Römischen Rechts*, p. 58, München, Beck, 2000.

posse de direitos pessoais por Rui Barbosa sobre a qual já fizemos uma referência neste texto.¹⁰ O jurista foi contratado por 4 (quatro) professores da Escola Politécnica de São Paulo porque tinham sido demitidos, *ad nutum*, pelo então Presidente Prudente de Moraes pelo apoio manifestado ao regime monárquico. A solução pela ótica atual seria simples. Bastaria a impetração do mandado de segurança para a correção do ato coator. Acontece que a figura do *mandamus* somente surgiria com a Constituição de 1934.¹¹

Este descompasso entre o direito material e processual no início do século XX permite duas conclusões simples: 1) É impossível a lei processual prever todos os procedimentos especiais em vista das necessidades do direito material; 2) o procedimento comum é insuficiente para preencher todas as necessidades do jurisdicionado.

O déficit procedimental tornou-se acentuado especialmente após a segunda metade do século XX. O descobrimento da tutela coletiva representa um primeiro exemplo desta afirmação. Até a década de 80 o único instrumento para a tutela de interesses difusos era representada pela lei de ação popular (lei 4717/65). A estruturação do sistema coletivo somente teve seu início a partir da lei da ação civil pública em 1985. Os conflitos de menor potencial econômico (*small claims*) somente tiveram sua descoberta com

10 *Posse de Direitos Pessoais*, p. 01-60. In: Clássicos do Direito, Saraiva, São Paulo, 1986.

11 Vide nosso texto, *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*, t. III, p. 35.

a estruturação nacional dos juizados especiais que ainda exige grande esforço de investimento para a efetiva universalização do acesso à justiça.

Nestes dois exemplos citados: ações coletivas e juizados especiais, a flexibilização do procedimento operou importante contribuição para o aprimoramento da concessão de *tutela jurisdicional adequada* pelo art. 5º, XXXV da CF/88 para as situações de ameaça ou lesão. Nas ações coletivas, a possibilidade de *mala gesti processus* por parte do representante adequado, pela subutilização do procedimento probatório não permitirá a formação de coisa julgada em prejuízo da coletividade (*secundum eventum probationis*). Nos juizados especiais, rompe-se a técnica processual de conflito e justaposição imediata das partes para a solução da controvérsia. O procedimento inaugurado pela lei 9099/95 estabelece a abertura do procedimento com a tentativa de conciliação entre as partes.

A conciliação é o reflexo de uma nova postura que também consiste na base do novo CPC e dependerá essencialmente da postura das partes, com especial relevo para o papel do advogado na advertência de seu cliente sobre o cenário do processo (art. 334 CPC). Embora infeliz, mas real, é notória a expressão “a justiça é morosa”. Todavia, o leigo não compreende a extensão deste prolongamento. O funcionamento do procedimento judicial é de conhecimento apenas dos operadores. As partes não conhecem as etapas, as fases

recursais, os meios de impugnação autônomos e muito menos a existência de um processo duplicado para a execução do julgado.

3. O negócio processual na construção do procedimento

O novo Código de Processo Civil procura corrigir a distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do *procedimento adequado*. A elaboração dos negócios processuais assume importância fundamental como meio de racionalizar a utilização do procedimento judicial. Não se trata de atividade processual do juiz, mas das partes. Assume o advogado, responsabilidade essencial na sua construção, na medida em que o negócio processual exige a capacidade postulatória para sua validade. O conteúdo do negócio processual é riquíssimo e caberá às partes descobrirem paulatinamente a melhor forma de sua utilização em juízo.

Grande parte das demandas existentes são relativas a interesses patrimoniais e disponíveis. Nesta gama de litígios, a procura por vias alternativas à tutela jurisdicional contenciosa é permitida. A parte poderá se valer da mediação extrajudicial e da arbitragem. Com maior razão poderá construir e modelar o procedimento por meio de negócio processual para ajustá-lo às necessidades concretas da demanda, nos termos do art. 190 do CPC: “ *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é*

lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” O CPC/2015 assume o compromisso de materializar aquilo que o direito alemão considera como o pilar do princípio da cooperação (art. 6º CPC), ou seja, uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

As partes e o juiz formam esta comunidade. Os poderes do juiz são limitados e apenas exercem o papel de sindicância para o respeito da isonomia das partes quanto ao negócio processual (art. 190, parágrafo único). As partes podem ajustar o encurtamento do procedimento comum, abrir mão da esfera recursal, apresentar calendário processual (art. 191). As partes podem ajustar que em caso de uma desavença a demanda será proposta no foro do autor, do réu ou em outro local. Basta que a competência para a análise da questão não seja de caráter absoluto (art. 63 do CPC).¹² No afã de uma composição amigável e quando seja necessária a paralisação da demanda, para que as partes possam analisar a celebração de uma composição amigável, o processo poderá ficar suspenso por até seis meses (art. 313, § 4º). A suspensão facultativa do processo revela norma de natureza *dispositiva* (art. 313, II, do CPC). Existe até a possibilidade das partes abrirem mão da utilização do

12 CPC: “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”.

direito de ação (*pacto de non petendo*).¹³ Algumas destas hipóteses serão examinadas na sequência.

O negócio processual representa a vitória democrática do processo e a orientação de que o procedimento pode ser construído com a colaboração das partes para otimizar o funcionamento da atividade jurisdicional. Em matéria de negócio processual prevalecerá sempre o princípio *in dubio pro libertatis*. A restrição ao negócio processual deverá ser expressa e excepcional. A utilidade do negócio processual como instrumento de racionalização da atividade processual somente atingirá a eficácia desejada se observada a cooperação e a boa-fé processual.

3.1 O calendário processual

Muitos operadores demonstraram ceticismo quanto a uma modalidade de negócio processual que é representado pelo calendário processual, nos moldes do art. 191 do CPC: “*De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso*”.

A redação não deixa dúvida, trata-se de negócio processual complexo ou multilateral com a participação das partes e do juiz. O calendário processual é fruto da projeção do diálogo entre as partes. Por meio do calendário (*calendrier*) busca-se a otimização do tempo na relação

13 Sobre a polêmica do “*pacto non petendo*”, vide Fabio Caldas de Araújo, *Curso de Processo Civil- Parte geral*, t. I, p. 762.

processual, mas com um diferencial. Ela não nasce por iniciativa exclusiva do juiz, mas, sim, da combinação dos diversos sujeitos processuais.¹⁴

Por meio do calendário processual fixam-se prazos que assumem natureza cogente por meio de negócio processual. O calendário acaba por criar autêntico prazo peremptório por livre manifestação das partes e com a vinculação do juiz e dos demais auxiliares da Justiça. A desobediência ao prazo há de ser excepcional e devidamente justificada.¹⁵ A principal sanção a ser estabelecida é a preclusão consumativa. Nada impede que as partes convençam a imposição de *astreintes* para o caso de descumprimento, por meio da incidência de multa. As *astreintes* têm natureza eminentemente processual, e sua inclusão apenas reforça a seriedade do compromisso firmado entre as partes.

O calendário tem como fim fixar o prazo de instrução processual, e poderá incluir prazo máximo para a atividade das partes. Em determinadas situações o calendário representará autêntico *negócio processual complexo*, na medida em que o prazo será acompanhado de outros ajustes de

14 Jean-Marie Denieul, *Petit Traité de l'Écrit Judiciaire*, 12^a ed., Paris, Dalloz, 2014, p. 174. No Direito Francês, v. o art. 764 do *Code de Procédure Civile*.

15 De forma similar ao previsto no Direito Francês, conforme o Decreto 2005-1.678, de 28.12.2005: “Le délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée” (“O prazo fixado de acordo com o calendário processual firmado entre as partes não pode ser prorrogado senão por meio de causa grave e devidamente justificada” – tradução livre) (Serge Guinchard e Frédérique Ferrand, *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*, p. 806).

vontade, como a inversão do ônus da prova ou da prática dos atos processuais de instrução (perícia após a oitiva ou cumprimento da deprecata para oitiva, sem a necessidade de observar a ordem regular de instrução). Além da maior celeridade, com a previsão de prazos e datas-limites para a realização dos atos processuais, o calendário dispensa a intimação prévia das partes quanto aos atos que serão produzidos. O acordo processual vincula as partes e as sujeita à observância de todos os prazos nele previstos.

Mesmo em processos em que sua adoção parece inusitada, os efeitos podem ser extremamente benéficos com economia processual. Um exemplo pode ser apontado em relação aos processos de inventário e arrolamento. Um dos maiores pontos de estrangulamento nestas lides refere-se ao descontentamento quanto aos atos praticados pelo inventariante e sua prestação de contas. Nada impede que as partes, de comum acordo, fixem prazo fatal para a apresentação das contas e do plano de partilha sob pena de remoção da função. O descumprimento do prazo torna desnecessário, inclusive a formalização do incidente de remoção representando economia ainda maior para a solução do litígio.

3.2 Suspensão do processo

A marcha processual tende ao seu deslinde inevitável por meio de decisão processual (*Prozessurteil* – art. 485 CPC) ou de mérito (*Sacheurteil* -art. 487). Em determina-

das situações a relação processual pode sofrer paralisação momentânea. Isto acontece por eventos ordinários ou extraordinários. A morte de uma das partes, do seu advogado representante, ou mesmo de seu advogado provocará a suspensão inevitável da relação processual (art. 313, I). No entanto, as partes também podem convencionar a suspensão do processo com o intuito de obter solução ajustada para o conflito (art. 313, II).

A suspensão denominada de convencional revela um autêntico negócio processual. A possibilidade de paralisação não é ilimitada, aliás, como nenhuma das hipóteses albergadas pelo art. 313, pois o limite máximo será de 1 ano (art. 313, §4º). O negócio processual de suspensão poderá ser operado tanto na fase de cognição como na fase de execução (art. 921, I).

O negócio processual de suspensão merece algumas advertências. O papel do advogado é muito importante nesta modalidade para que o instrumento não seja utilizado como meio indevido de paralisação da relação processual (art. 5º CPC). O primeiro aspecto a ser observado é a necessidade de fiscalização quanto ao prazo. É comum observarmos pedidos reiterados de suspensão. O prazo máximo será de 6 meses. Isto não significa que eventualmente o lapso não possa ser prolongado, mas nesta hipótese, além da necessidade de motivação, o alargamento do prazo terá que contar com o deferimento do juiz, pois não se trata mais de negócio processual, mas de dilação *ope iudicis*.

A hipótese de suspensão para fins de cumprimento de acordo não se encaixa na situação descrita no art. 313, II do CPC, mas no art. 922 do CPC e representa hipótese diferenciada de negócio processual para fins de cumprimento da execução. O prazo não ficará limitado ao art. 313 do CPC, uma vez que o parcelamento ou o tempo de cumprimento da obrigação de fazer ou dar coisa certa ou incerta poderá ultrapassar o termo de 1 ano.

3.3 Convenção sobre prazos processuais

Outro importante vetor de participação das partes na melhoria da relação processual é representado pela possibilidade de convenção sobre os prazos processuais.

Uma interessante inovação do novo CPC representa a definição de que os atos praticados antes do prazo não podem mais ser considerados intempestivos, inclusive o oferecimento da contestação ou mesmo da peça recursal antes do início da fluência do *termo a quo* (arts. 218, § 4o, e 225 do CPC). A questão merece aprofundamento quanto ao poder das partes de alterar os prazos de manifestação *endoprocessual*.

Os prazos podem ser *dilatatórios* ou *peremptórios*. Afora a polêmica que reina sobre a classificação apontada, há entendimento homogêneo quanto à *fatalidade do prazo peremptório* e à *prorrogabilidade do prazo dilatatório*. Os *prazos peremptórios* são legais e fixados no interesse da administração da justiça. Seu escoamento sem a prática do

ato processual provoca consequências importantes para a relação processual (ausência de apresentação da contestação no prazo: revelia; ausência de interposição do recurso no prazo legal: trânsito em julgado). A natureza cogente decorre da necessidade de impulso e da inevitabilidade da marcha processual.¹⁶ Os prazos dilatórios são prazos *legais* ou *convencionais*. A lei poderá fixar determinados prazos, mas sem considerá-los fatais, em vista do ônus ou do dever que está vinculado à prática do ato. O prazo de 15 dias sucessivos para a apresentação de memoriais consiste em prazo dilatório, sendo uma faculdade sua apresentação. Admite-se, inclusive, que possam ser apresentados em conjunto, por meio de negócio processual.

Pelo Código de Processo Civil/1973 as partes poderiam livremente convencionar os prazos dilatórios (art. 181), e um dos exemplos seria a própria convenção sobre a suspensão (art. 265, II, do CPC/1973 – art. 313, II, do CPC/2015). Qualquer disposição sobre prazos peremptórios sempre foi vedada pelo ordenamento, justamente pela função ordenadora e progressiva da relação processual, que é vocacionada à ultimação do processo – o que impede a convenção sobre prazos peremptórios.

O novo Código trouxe uma norma inovadora no art. 222, § 1º, que pode ser comparada com a do ordenamento alemão, especificamente quanto ao conteúdo do § 224

16 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, cit., t. III, pp. 124-125.

da ZPO.¹⁷ No Direito Alemão permite-se o encurtamento do prazo (*abkürzung*), mas desde que o prazo não seja peremptório, ou seja, obrigatório (*Notfristen*). No sistema alemão apenas os prazos dilatatórios podem ser encurtados.

Em nosso sistema, o art. 222, § 1o, do CPC permite a convenção sobre o prazo peremptório, mas apenas para sua diminuição, como meio de acelerar a marcha processual, desde que exista *negócio processual entre as partes*. Por via de consequência, as partes não podem aumentar o prazo peremptório por convenção. O poder conferido pelo art. 139, VI, do CPC não se confunde com o negócio processual formulado pelas partes. O juiz poderá aumentar os prazos peremptórios, mas em situações excepcionais e devidamente justificadas, sob pena de quebrar a isonomia e retardar indevidamente a marcha processual.

3.4 O pacto de non petendo

Para encerrarmos os exemplos de algumas modalidades de negócios processuais devemos apresentar uma modalidade atípica. Os exemplos anteriores representam formas típicas. Aqui enfrenta-se um tema polêmico no sistema interno, assim como no direito alienígena. Trata-se da possibilidade de negócio processual que exclua o exercício

17 “Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Notfristen, abgekürzt werden. Notfristen sind nur diejenigen Fristen, die in diesem Gesetz als solche bezeichnet sind” (“Por meio de acordo entre as partes os prazos podem ser diminuídos, com exceção dos prazos peremptórios” – tradução livre).

do direito de ação, ou seja, a formulação de um *pacto de non petendo*.¹⁸ Até que ponto seria lícito ambas as partes, por meio de acordo, eliminarem o direito de discussão judicial sobre determinada questão?

A resposta, em nosso sentir, deve ser positiva. Pode-se pensar, *a priori*, que existe autêntica formulação de um pacto de não litigar quando se estabelece, por exemplo, uma convenção de arbitragem. O exercício do direito de ação em desconformidade com o modelo convencionalizado que prevê a instituição da arbitragem autoriza o nascimento da *exceptio pacti*. A questão, todavia, vai além. Seria possível impedir o acesso ao Estado-Juiz mesmo sem a previsão de um modelo alternativo de disputa (ADR)? Pensamos que a resposta deva ser afirmativa, desde que a questão se encaixe na previsão normativa do art. 190 do CPC. O exercício do direito de ação não deixa de representar direito subjetivo público. A renúncia ao exercício da pretensão processual para acionar ou recorrer não configura atentado à ordem pública ou restrição indevida ao exercício de direito fundamental.

O pacto *de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material, apenas de sua acionabilidade.¹⁹

18 Gerhard Wagner, *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, cit., pp. 413-414; Peter Schlosser, *Einverständnis Parteihandeln im Zivilprozeß*, cit., pp. 65-66.

19 Neste sentido manifesta-se Wagner (*Prozessverträge: Privatautonomie*

Não há dúvida de que o direito de ação assume natureza constitucional, como fonte de exercício de petição genérica, ao Estado, de tutela jurisdicional (art. 5o, XXXV, da CF/1988). Por outro lado, nada impede que a parte possa acordar sobre o não exercício do direito de ação em relação a pretensões disponíveis. O assunto é polêmico, e deverá ser estabilizado com cautela, uma vez que a discussão teórica se depara com a prática. O controle sobre o pacto *de non petendo* deve ser rígido, para impedir sua inclusão como cláusula de estilo, especialmente em contratos de adesão.

4. O diálogo entre o procedimento comum e especial

O procedimento comum ganhou grande desenvolvimento desde as reformas operadas pela introdução da tutela antecipada no ano de 1994. O exemplo mencionado sobre o famoso caso de Rui Barbosa revelava a hipertrofia do procedimento comum que necessitava se socorrer dos procedimentos especiais como meio de alcançar a tutela jurisdicional diferenciada.

Passados mais de 100 (cem) anos, o panorama atual permite uma visualização diferente. Os mecanismos pro-

im Verfahrensrecht, cit., p. 416): “Limita-se por meio do pacto a exclusão da acionabilidade, contudo o credor ainda mantém a possibilidade de exercer extrajudicialmente seu direito e até mesmo de exigir a compensação” (tradução livre) (“Beschränkte sich das pactum also auf den Ausschluß der Klagbarkeit, bliebe der Gläubiger weiterhin zur außergerrichtlichen Geltendmachung und sogar zur Aufrechnung der Forderung berechtigt”).

cessuais sofreram grande evolução. Nossa legislação atual conta com uma parte geral que fornece institutos com aplicação genérica e com dispositivos integradores.

O procedimento comum conta atualmente com grande desenvolvimento e permite a concessão de eficiente tutela específica para o cumprimento das decisões mandamentais e executivas. Ao contrário de outrora, são os procedimentos especiais que irão se utilizar do procedimento comum e da parte geral do CPC. Neste sentido vale a advertência do art. 318, parágrafo único do CPC: “*O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução*”.

A tipicidade dos procedimentos especiais sofre um abalo, especialmente pela atipicidade crescente do procedimento e das medidas executivas como forma de solução eficiente para o litígio entre as partes.

O papel das partes e a técnica processual a ser utilizada pelos advogados contribuirá enormemente para o enfrentamento de questões que até então não eram possíveis. Colocamos um exemplo muito interessante sobre hipótese inovadora alocada no art. 327, §2º do CPC: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”.

Esta interessante regra deve ser estendida para o processo de execução o que permitirá a cumulação de execuções, ainda que sujeitas a procedimentos diferenciados. Um exemplo é o da cumulação de alimentos marcados pela diferença quanto ao lapso temporal do débito. As dívidas protegidas pela Súmula 309 do STJ terão direito ao regime especial do art. 528 do CPC. As dívidas pretéritas não poderão se beneficiar deste regime e estarão sujeitas ao regime do cumprimento por quantia certa (art. 523 CPC). A diferença entre os procedimentos não impede que o procedimento de cobrança possa ser compatibilizado nos termos do art. 327,§2º do CPC, como meio de facilitar a execução, inclusive, a conciliação.

A interação procedimental permitirá que os advogados possam realmente se utilizar do processo civil como instrumento que vise à efetividade, contudo, torna-se essencial que o juiz acompanhe esta evolução e rompa com modelos até então desenhados. Um exemplo desta afirmação refere-se à engenhosa substituição da ação de exibição de documentos pela produção antecipada de provas. Aqui visualizamos um erro de interpretação e de aplicação do novo CPC.

Muitos Tribunais, equivocadamente, passaram a considerar que a ação de exibição de documentos desapareceu com o novo CPC, na sua forma cautelar, o que levaria à impossibilidade de seu ajuizamento. E mais, a apesar de admitirem a fungibilidade com a medida de produção antecipada de provas utilizam a jurisprudência anterior do STJ para negar a fixação de sucumbência quando a medida

é utilizada para fins de exibição do documento.²⁰ Não há dúvida de que a produção antecipada de prova quando utilizada como medida de jurisdição voluntária não permite tratamento de ação contenciosa. No entanto, mesmo perante o regime anterior, as “ações cautelares” de exibição eram ajuizadas com caráter satisfativo.

O novo CPC não mudou essa natureza. Embora tenha sido eliminado o livro III, nada impede o processamento de medidas de exibição por meio do procedimento comum, ou em situação de urgência, por meio de cautelar genérica. A flexibilização procedimental permite realmente a fungibilidade entre as medidas, mas quando existir resistência quanto ao fornecimento do documento não há dúvida de que a fixação da verba honoraria é imperiosa.

20 Neste sentido vide julgado do TJPR: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. 1. NATUREZA AUTÔNOMA. RITO PREVISTO NOS ARTIGOS 381 E SEQUINTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 400, I DO CPC/15. NÃO DISCUSSÃO DE FATOS E DIREITO. SENTENÇA MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA DAS PROVAS PRODUZIDAS. 2. RECURSO DO AUTOR. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 382, § 4º DO CPC/15. 3. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. FIXAÇÃO INCABÍVEL. 1. Há jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça entendendo que a presunção de veracidade ficta se aplica aos incidentes de exibição de documentos, não às ações cautelares autônomas (CPC/73) ou de produção antecipada de provas (CPC/15). 2. No procedimento de produção antecipada de prova não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º do CPC/15). 3. Para arbitramento dos Apelação Cível nº 0009991-23.2016.8.16.0194 fls. 2 honorários recursais, a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJPR - 9ª C. Cível - 0009991-23.2016.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Coimbra de Moura - J. 12.07.2018).

Outro ponto importante refere-se à eliminação de alguns procedimentos especiais como a ação de usucapião. Esta ação revela um exemplo interessante de amadurecimento de nosso sistema processual. A única especialidade do procedimento era revelada pela formação de um litis-consórcio complexo, o que não justificaria a especialidade da ação. Por outro lado, a ação de usucapião demonstra exemplo sensível do processo de desjudicialização pela possibilidade de utilização da via extrajudicial (art. 1071 do CPC e art. 218-A da LRP).

5. O redimensionamento do papel do Juiz

O juiz sempre assumiu papel de destaque na relação processual. No entanto, perante a nova legislação há uma clara mudança no seu enfoque de atuação (*management case*). Existe uma grande tensão quanto ao papel ativo do juiz, seus limites e os problemas gerados pela sua intervenção.

O art. 139 do CPC demonstra claramente a necessidade do papel ativo do juiz na contribuição para o desenvolvimento da relação processual. Podemos enaltecer dois pontos considerados essenciais. O primeiro relativo ao art. 139, IV que revela o *poder geral de tutela do juiz* no cumprimento das decisões, independentemente de sua natureza: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Não importa que a decisão seja provisória ou definitiva. O sistema clama por medidas executivas atí-

picas que permitam o cumprimento do art. 5º, XXXV da CF/88. Aqueles que reclamam do “ativismo judicial” esquecem que o papel do juiz não está em substituir as partes, mas apenas garantir a tutela e o cumprimento das pretensões processuais que são materializadas em juízo. Os limites serão sempre testados pela via recursal. Aos poucos a jurisprudência formará contornos quanto aos limites e à extensão dos poderes do art. 139, IV do CPC. Por óbvio, sabe-se que esta tarefa é muito delicada, pois a discussão não paira propriamente sobre a existência do poder, mas sobre as formas de sua manifestação, o que sempre dependerá da apreciação do caso concreto.

O segundo ponto reside na possibilidade do juiz auxiliar na construção do procedimento adequado, em vista do art. 139, VI do CPC. Não houve uma autorização ampla como aquela conferida no sistema Português. Todavia, na medida em que o juiz inverte fases processuais, toma a iniciativa para a formação de calendário processual para a prática de atos processuais, ou flexibiliza prazos há uma clara modulação no procedimento.

A atividade de gestão processual tem como fim contribuir para o modelamento do procedimento comum ou especial. O art. 327, § 2º do CPC revela um exemplo importante desta aplicação e das dificuldades que serão enfrentadas pelo juiz e pelas partes na tarefa de compatibilizar pedidos aparentemente incompatíveis, mas que poderão sobreviver na mesma relação processual evitando a duplicação de autos.

6. Conclusão

O processo deve realmente refletir um instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para a solução do seu conflito. O procedimento representa uma garantia de publicidade e contraditório, mas o rigor formal pode e deve ser atenuado quando prejudicial para o desenvolvimento da relação processual. O novo sistema processual fornece mecanismos para permitir a criação, adaptação e interação do procedimento civil (arts. 189, 190, 136, VI CPC). A cooperação e o diálogo processual serão peças-chaves para que o novo modelo processual possa surtir os efeitos almejados destacando-se o papel dos advogados na elaboração dos modelos que serão apreciados pela via judicial. A construção do negócio processual em suas possíveis facetas contribuirá imensamente para a flexibilização do procedimento. A atividade judicial também poderá contribuir desde que observada a participação das partes na construção alternativa para a solução do objeto litigioso.

Referência bibliográfica

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2a ed., 4a tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

—————. *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*. Zweite Auflage. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1994.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil – Parte Geral*. Tomo I. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.

_____. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. Tomo III. São Paulo, 2018.

_____. *Posse*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BARBOSA, Ruy. “Posse de direitos pessoais”. In: *Clássicos do Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986.

GUINCHARD, Serge, e FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*. 31ª ed. Paris, Dalloz, 2012.

MANTHE, Ulrich. *Geschichte des römischen Rechts (História do Direito Romano)*. München, Verlag C.H. Beck, 2015.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra, Livraria Almedina, 2014.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*. ts. I, e XV. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts (Sistema Atual do Direito Romano)*. t. II. Reedição Scientia Verlag Aalen. 1981.

WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen, Mor Siebeck, 1998.

WALTER, Franz. *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß (Vícios da Vontade nos Atos Jurídicos Oriundo das Partes no Processo Civil)*. Breslau, Verlag E. Broeger, 1931.