

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E EFETIVIDADE PROCESSUAL

PROCEDURAL FLEXIBILITY AND EFFECTING JURISDICTIONAL PROTECTION

Roberta Corrêa de Araujo*

RESUMO: Este ensaio analisa a flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional. Partindo do pressuposto de que os ritos procedimentais previstos abstratamente pelo legislador processual não se mostram eficientes e aptos a viabilizar a prestação da tutela jurisdicional eficaz, defende-se a possibilidade de mudanças no procedimento entabuladas pelo juiz e pelas partes, sujeitando-se ao controle judicial. Complementarmente, abordam-se os parâmetros e limites acerca do que é possível admitir que o magistrado realize, em termos de flexibilização procedimental, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização Procedimental. Adequação Procedimental. Efetividade Processual.

ABSTRACT: *This article analyzes procedural flexibility as a technique for effecting jurisdictional protection. Based on the assumption that the procedural rites abstractly foreseen by the Brazilian legislator have not shown efficiency and are unable to promote the provision of effective judicial protection, the possibility of changes in the procedure established by the judge and the parties is hereby defended, subjecting it to judicial control. Complementarily, the article analyzes the parameters and limits regarding what it is possible to admit that the presiding judge does, in terms of procedural flexibility, in addition to the hypotheses expressly provided for in the Brazilian procedural legislation.*

KEYWORDS: *Procedural Flexibility. Effecting Jurisdictional Protection. Procedural Adequacy.*

1 – Introdução

A ideia de um processo justo, consentâneo às exigências do marco do Estado Constitucional, tornou-se tema presente nas preocupações dos juristas e processualistas. Processo justo é aquele capaz de outorgar

* Juíza do Trabalho Titular da 14ª Vara do Trabalho do Recife; doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; professora de graduação e pós-graduação nas áreas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado; membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas; membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais; membro integrante do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação na Revista de Direito do Consinter; membro do Conselho Editorial da Juruá Editora; pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina: Análise Comparada” vinculado à Universidade Federal de Pernambuco.

de modo eficiente e efetivo a tutela prometida pelo direito substancial, o que envolve tanto a regulação procedimental quanto a formulação dos provimentos decisórios.

Sob o impulso dessas inquietações, observa-se um crescente clamor doutrinário, com significativos reflexos no NCPC, pela mitigação da rigidez do regime procedimental brasileiro para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional e que aspira por flexibilidade para permitir que, à luz do caso concreto e tendo em vista as suas peculiaridades, o rito seja conformado para atender às exigências advindas do direito substancial e dos direitos fundamentais processuais. Essa é a reflexão que se propõe no presente artigo.

2 – A constitucionalização do processo: imperativos do processo justo

O direito processual atravessa um período de distensão epistemológica e respira ares de mudança. O paradigma racionalista, que ao longo do tempo dominou o saber dogmático e exerceu grande influência sobre o direito processual, exaltou os ideais iluministas de segurança e certeza em detrimento da efetividade da prestação jurisdicional e, para sua garantia, impôs a universalidade procedimental e a figura de um juiz neutro, desprovido de poderes e reduzido a um simples aplicador da lei, ou, como na celebre expressão de Montesquieu, *la bouche de la loi*.

Ao universalizar as suas estruturas, o processo distanciou-se das categorias do direito substantivo, ignorando a sua diversidade e peculiaridades. Entrementes, no multifário cenário pós-positivista, no qual floresce o constitucionalismo contemporâneo, o direito não pode ser mais compreendido como estrita legalidade, tampouco a noção de jurisdição pode se restringir a mera declaração do direito. Tampouco há mais espaço para se conceber um direito que aspira à cientificidade, à objetividade, à neutralidade, à estatalidade e à completude, sendo alheio aos valores éticos e à realidade sociocultural na qual se insere.

Nessa senda, eleva-se o clamor pela efetividade da tutela jurisdicional e o direito processual não se quedou inerte em face dessas exigências. No périplo histórico que sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, sobretudo, a partir das notáveis contribuições de Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Nicolò Trocker, estudiosos do direito processual passaram a refletir sobre o papel do processo no marco do Estado Constitucional, envidando esforços para a construção da ideia de um procedimento justo, efetivo e adequado.

DOCTRINA

Como descreve Humberto Theodoro Júnior¹,

“Aspirava-se, cada vez mais, a uma tutela que fosse mais pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados; por uma Justiça que fosse amoldável a todos os tipos de conflitos jurídicos e que estivesse ao alcance de todas as camadas sociais e de todos os titulares de interesses legítimos e relevantes; por uma Justiça, enfim, que assumisse, de maneira concreta e satisfatória, a função de realmente implementar a vontade da lei material.”

Sob o prisma constitucional, o direito de ação deixa de ser concebido como direito potestativo ou direito à sentença de mérito para ser compreendido como direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, noção que alberga o direito ao processo justo e, por conseguinte, a técnicas processuais idôneas à efetiva tutela jurisdicional do direito material.

A ideia de um processo justo, consentâneo com as exigências constitucionais, traz consigo significativa carga ética, impondo, como pondera Nicolò Trocker², a necessária coordenação entre duas importantes exigências: a correção formal e a justiça substancial.

Nesse toar, a jurisdição não mais pode significar apenas *iuris dictio* e o processo passa a ser concebido mais como instrumento constitucional efetivo para realização do direito material, o que vai além da sua mera declaração pela sentença de mérito. Sob esse prisma, o direito material e o processo revelam-se como dimensões indissociáveis, não sendo mais possível concebê-los como estanques e completamente independentes um do outro.

Disso resulta a imperiosa necessidade de correlação entre a tutela dos direitos e a técnica processual destinada a esse fim. As técnicas processuais devem ser adequadas e eficientes para a realização do direito material, o que tem sido tema presente nas preocupações dos processualistas, resvalando na ênfase da ideia de que as normas processuais devem ser preenchidas com um conteúdo axiológico, sendo maleáveis e adaptáveis ao caso concreto para se harmonizar com os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O modelo do processo justo remete à noção de acesso à ordem jurídica justa, o que implica direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva

1 THEODORO Jr., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Academia Brasileira de Processo Civil*, jun. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

2 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 678.

e célere, que leve em consideração as peculiaridades do direito material em conflito.

3 – Técnica processual e tutela de direitos

O processo do Estado Constitucional deve ser pensado a partir da tutela dos direitos porque esse é seu fim. Nesse sentido, as exigências de justiça, efetividade e adequação são seu fundamento e, portanto, se lhes impõe³.

A tutela jurisdicional deve ser pensada à luz do direito material, ou seja, da proteção que o processo tem de ser capaz de lhe conferir. Nesse sentido observa Marinoni⁴, “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material”.

O processo não serve apenas para outorgar uma satisfação jurídica às partes, mas propiciar uma tutela efetiva ao jurisdicionado, o que aspira à busca por técnicas processuais que também se mostrem adequadas e efetivas à concretização do direito material. Tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere implica técnica processual a serviço de seu resultado⁵.

Disso se extrai a imbricada relação que existe entre direito à tutela efetiva e técnica processual e procedimental. Como assinala Marinoni⁶, “trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais”.

O reconhecimento de um direito ao procedimento adequado foi impulsionado, sobretudo, a partir dos estudos de Andrea Proto Pisani na década de 1970, focados no movimento pela chamada “tutela diferenciada”, que aspirava à proteção jurídica do direito substancial por meio de modelos processuais alternativos ao procedimento judicial universal, ordinário e comum, partindo do pressuposto de que não existe uma tutela jurisdicional ideal para todas as situações, o que representava uma viragem paradigmática da herança racionalista sobre a ciência processual de tradição romano-canônica, que incorporou a *ordinariedade* da *actio* romana como instrumental de segurança jurídica, impondo a universalização e abstração do processo, “engessando-o em uma

3 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 17-18.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 113.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2020. v. 1. p. 139.

teia de conceitos e regras, com uma pretensão de universalidade que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico”⁷.

O movimento pela tutela diferenciada resultou na ruptura da uniformidade procedimental mediante a incorporação dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, ditos procedimentos especiais, no sistema processual.

Tradicionalmente, o ordenamento processual brasileiro (como reflexo de uma visão liberal-individualista inspirada em um ideal de neutralidade e indiferença do processo em relação ao direito material) estabeleceu um procedimento padrão para prestação de tutela jurisdicional, que se coloca como modelo a ser seguido na generalidade dos casos, independentemente do direito material versado pelos litigantes. Esse procedimento “ordinarizado” era visto, pela literatura clássica, como um padrão universal e atemporal, com fases completas aptas a acarretar um provimento idôneo, decorrente de cognição plena e exauriente. Contudo, a percepção de que o processo não pode ignorar as exigências da realidade de origem substancial, mas, ao contrário, deve promover o ajuste necessário e coerente da forma à substância, tornou-se um imperativo de consenso na doutrina processualística moderna.

Não raro se impõe, a bem da efetividade da tutela jurisdicional, que o instrumento processual seja adaptado às particulares características do direito material posto em conflito. Nessa senda, a criação de procedimentos especiais foi uma solução tradicionalmente prestigiada pelo legislador brasileiro no quadro das técnicas destinadas à adaptação procedimental.

Mas não foi o bastante. No esteio dessas ideias, novas reformas processuais foram impulsionadas, movendo a atividade legislativa à adequação das técnicas frente à cognição necessária para proteção do direito do material. Isso se operou por meio da criação de microssistemas legislativos como o dos Juizados Especiais e o da tutela coletiva e por disposições legais especiais destinadas à adaptação processual e procedimental por decisão judicial à luz das circunstâncias do caso concreto, e também por autorização para convenções processuais típicas e atípicas sobre procedimento, estas últimas hodiernamente radicadas na cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do NCPC.

Assinale-se, ademais, que o NCPC autorizou a inserção de técnicas procedimentais diferenciadas no procedimento comum, *ex vi* do disposto no art. 327, § 2º, imprimindo uma ruptura em relação à tradição anterior, segundo a qual técnicas especiais de diferenciação procedimental seriam um apanágio

7 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 126.

dos procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser compreendido como *habitat* adequado para técnicas procedimentais diferenciadas.

Fala-se, destarte, em adaptação processual e adaptabilidade procedimental enquanto princípios pungentes da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça.

Na lição de Fredie Didier Jr.⁸, o princípio da adequação é pré-jurídico e atua como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato. Já o princípio da adaptabilidade procedimental dirige-se ao magistrado, outorgando-lhe, em face das peculiaridades do caso concreto *sub judice*, conformar o procedimento para torná-lo adequado e consentâneo à situação jurídica de direito material.

Embora a introdução de tutelas jurisdicionais diferenciadas e a especialização dos ritos tenha sido um grande passo inicial de transformação observado no sistema processual brasileiro, ainda é arraigada a clássica visão de que os procedimentos seriam rígidos e inflexíveis, sem margem para flexibilização, de modo que eventuais mitigações a essa rigidez somente seriam toleradas quando inerentes ao próprio sistema e em circunstâncias excepcionais. Contudo, a diversidade e pluralidade de procedimentos nem sempre são suficientes para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional e essa constatação tem impulsionado novas reflexões em torno do problema da efetividade da tutela jurisdicional.

Observa-se, no tempo presente, um conjunto de movimentos paralelos e imbricados, que confluem, não obstante as divergências, para a necessidade de aplainar a rigidez do regime procedimental brasileiro para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional, a partir da premissa da inarredável incapacidade de o legislador antever todas as situações possíveis que possam ocorrer no mundo dos fatos. Trata-se de um novo passo que vai além do direito ao procedimento especial para alcançar o direito à técnica processual especial e adequada à eficiência da prestação jurisdicional.

4 – Flexibilização procedimental

A penetração do discurso constitucional no direito processual impôs a reconstrução das bases teórico-dogmáticas da doutrina processualista brasileira, forcejando aderência do processo à necessidade de tutelar de modo efetivo e adequado o direito substancial.

8 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1. p. 64.

Expressa por uma variedade de termos distintos que apenas exprimem diferentes angulações doutrinárias sobre o tema, a flexibilização procedimental se apresenta como um reclamo do presente em favor da mitigação da rigidez procedimental em prol da eficiência do sistema jurisdicional e da efetividade da tutela jurisdicional.

No Estado Constitucional Democrático, a efetividade da tutela jurisdicional tornou-se o norte e o vetor da prestação jurisdicional, o que implica técnicas procedimentais adequadas às tutelas pretendidas no plano do direito material, às particularidades do caso concreto e aos valores constitucionais. E, nesse sentido, o discurso constitucional torna-se legitimador da flexibilização procedimental, pois se o processo deve dotar-se de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo, a adequação procedimental tem como corolário lógico-jurídico a elasticidade processual.

No contexto das transformações havidas no sistema processual brasileiro, a flexibilidade procedimental passou de um desiderato a ser alcançado de *lege ferenda* para uma realidade extraída de *lege lata*.

4.1 – Flexibilização procedimental *ope legis*

A compreensão de que o processo deve servir a um fim prático exigiu uma nova postura legislativa, no sentido de especializar e flexibilizar procedimentos com vistas a conferir ao jurisdicionado uma tutela adequada e consentânea com a situação substancial levada a juízo.

Galeno Lacerda⁹ pontua que a iniciativa legislativa de adequação procedimental se justifica pelos sujeitos que compõem a relação processual (adequação subjetiva), pelos objetivos que o procedimento visa a alcançar ou que são preponderantes em cada caso (adequação teleológica) ou pelos critérios objetivos do legislador, como a natureza do litígio, a evidência do direito material no processo e a urgência (adequação objetiva).

Os procedimentos especiais, a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário, a criação dos juizados especiais, a instituição do procedimento sumaríssimo no âmbito do processo do trabalho, as tutelas coletivas, a cumulação de pedidos com ritos distintos, o fracionamento da decisão de mérito, são exemplos de adequação legislativa que se opera no plano abstrato da norma, mediante o desenvolvimento de técnicas processuais ou especialização da tutela

9 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

jurisdicional, inclusive com mitigações ao procedimento comum, através da importação de técnicas diferenciadas.

Entretantes, a lei também confere poderes ao juiz e aos sujeitos processuais para, nos parâmetros fixados, flexibilizar procedimentos com vistas a adequá-los, à luz do caso concreto, as peculiaridades dos interesses materiais subjacentes.

4.2 Flexibilidade do procedimento pela via convencional

A adequação procedimental pode ser levada a efeito pela vontade dos sujeitos processuais, em prestígio ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o que, ressalte-se, constitui tema inçado de dificuldades no âmbito do processo do trabalho.

Os acordos de procedimento valorizam o ambiente dialógico de interação entre partes e juiz, inferido a partir do modelo cooperativo de processo, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a autorização para conformação do processo, adaptando o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio.

Há situações em que a própria lei fixa o regime de determinados negócios, tipificando-os. E, porque regulados, qualificam-se como negócios jurídicos processuais típicos, dos quais são exemplos a eleição negocial de foro, o calendário processual, o acordo para suspensão do processo, dentre outros.

Ao lado dos negócios típicos, há também os negócios jurídicos processuais atípicos, pactuados pelas partes segundo sua conveniência e oportunidade e que não se enquadram nos tipos descritos na lei, tendo por objeto as situações jurídicas processuais, autorizando que as partes estipulem mudanças do procedimento quando convencionem sobre ônus, faculdades, deveres e poderes processuais, o que pode se dar antes ou durante o processo, podendo assim repercutir tanto em processo atual como em processo futuro, sendo, nesse caso, hipótese de negociação pré-processual. Foram expressamente autorizados pelo NCPC, que consagrou uma cláusula geral de negociação do processo, radicada da proposição normativa contida em seu art. 190.

Na seara trabalhista, o art. 2º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST proclamou que o art. 190 do CPC é inaplicável ao Processo do Trabalho. Entretantes, há sensível cisão doutrinária na literatura trabalhista acerca da sua conformação ao processo do trabalho.

Com efeito, não se tem por adequado vedar, *prima facie*, o cabimento das convenções processuais no âmbito do processo do trabalho, desde que realizadas no curso do processo e que as partes estejam devidamente assistidas por advogado. Não se olvida que a posição de hipossuficiência do trabalhador em face do empregador denota desequilíbrio que faz supor que a negociação não se aperfeiçoe em igualdade de condições. Por essa razão, tem-se por razoável inadmitir negociação pré-processual no âmbito dos dissídios individuais decorrentes da relação de trabalho.

Contudo, a hipossuficiência do trabalhador não deve conduzir ao rechaço prévio e peremptório da celebração de negócio jurídico processual no curso do processo do trabalho, mas apenas exigir permanente intervenção equalizadora do juiz no sentido de limitar o poder de disposição do mais fraco. Ora, se esse controle de validade já é plenamente exercido pelo juiz do trabalho no âmbito das transações judiciais e extrajudiciais envolvendo o objeto litigioso do processo, por que não poderia ser eficazmente exercido no âmbito das negociações envolvendo o processo?

Eventual vício de vontade ou prejuízo ao trabalhador na convenção processual devem ser analisados pelo juiz à luz no caso concreto, na forma do art. 190, parágrafo único, do CPC e somente se constatados é que sua eficácia haveria de ser recusada pelo juiz, pois o controle da validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Ademais, nada obsta que o juiz também participe do entabulamento da convenção acerca do procedimento, interferindo e influenciando na formação da vontade das partes quanto ao modo, condições ou encargos, delineando-se uma convenção processual plurilateral, tal como previsto em relação ao calendário processual, insculpido no art. 191 do NCPC.

Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos podem se revelar de grande valia no âmbito do processo do trabalho, flexibilizando e adaptando o procedimento com vistas a promover celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, não se vislumbrando, destarte, justificativa para seu repúdio, *prima facie*, na esfera trabalhista, com a ressalva de estarem sempre sujeitos ao crivo judicial e ao controle de validade *cognita causa*.

5 – Flexibilização procedimental pela via judicial

O legislador não é presciente. Logo, a flexibilização procedimental no plano legislativo não esgota a complexidade dos conflitos e necessidades humanas. Assim, embora incumba precipuamente ao legislador predispor técnicas processuais e procedimentos orientados a melhor atender às particularidades

do direito material, a ênfase ao aspecto eficaz do processo redundando na importância de se reconhecer ao juiz o poder e o dever de se valer, em face do caso concreto, de mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios, por meio de técnicas processuais comprometidas com o escopo do processo.

Nessa linha de raciocínio, Marinoni¹⁰ observa que

“A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.”

A atuação judicial nesse sentido pode se dar sob os auspícios de prévia e específica autorização legislativa, conferindo-lhe poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, com vistas a prestar a efetiva tutela ao direito material.

No nosso sistema processual, há farto repertório legislativo no direito brasileiro que franqueia, em maior ou menor grau, a adequação procedimental judicial. Hipótese modelar dessa situação encontra-se no disposto no art. 652, parágrafo único, da CLT, prevendo que terão preferência para julgamento os dissídios sobre pagamento de salário e aqueles que derivarem da falência do empregador, podendo o juiz, a requerimento do interessado, constituir processo em separado, sempre que a reclamação também versar sobre outros assuntos, com vistas a proporcionar uma tutela mais célere e adequada à necessidade básica alimentar do empregado.

Mas não é o bastante. A legitimação para flexibilizar procedimentos não se restringe, e nem deve se restringir, à iniciativa e à opção legislativa específica e predeterminada.

Importa, *hic et nunc*, refletir acerca da possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, dispor da norma procedimental à margem de expressa e específica autorização legal, conforme as peculiaridades e especificidades que se apresentem em situações concretas, para alcançar os fins para os quais o processo existe e se justifica.

6 – Flexibilização procedimental *ope iudicis*

A importância da adequação procedimental para atender aos reclamados da celeridade e efetividade processual não parece padecer de questionamentos

10 MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 01, p. 68-81, abr. 2006.

doutrinários. O que se impõe, como produto de criação doutrinária, são os arranjos metodológicos aptos a realizá-la.

As hipóteses de flexibilização procedimental fundadas na opção legislativa, porque lastreadas em previsão normativa, são cognoscíveis, confiáveis e previsíveis, de modo que sobre elas não pairam questionamentos fundados em argumentos de legalidade ou segurança jurídica. Mas e quando não há previsão legislativa expressa e específica?

É importante pontuar que no Estado constitucional democrático a noção de legalidade transmuda-se em juridicidade, o que vai além do sentido de mero respeito à lei enquanto ato estatal formal, para agregar um sentido substancial, que abrange o respeito ao sistema normativo e, destacadamente, à Constituição e aos direitos fundamentais nela consagrados.

No esteio das concepções hermenêuticas contemporâneas, que postulam a distinção entre texto normativo e norma jurídica, o juiz deixa de ser a mera boca que profere a lei para tornar-se protagonista na concretização da norma jurídica, que apenas se constitui na situação concreta como resultado da sua atividade interpretativa, jungida aos princípios e regras constitucionais que são tomados como vértices orientadores de toda a atividade jurisdicional.

O direito não se esgota na lei. Esse é um postulado fundamental do constitucionalismo contemporâneo, assentado no pressuposto filosófico do pós-positivismo. Nesse cenário, romper com o paradigma da lei como uma única fonte de flexibilização procedimental implica admitir a abertura de novos espaços de estruturação dos procedimentos para além dela e, ao mesmo tempo, pugnar pela mitigação da rigidez formal em favor do elasticamento do sistema de procedimentos.

Não por outra razão, a reflexão que aqui se propõe e que tem sido objeto de relevantes debates doutrinários entre os estudiosos do direito processual é no sentido da possibilidade do magistrado, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação e à luz das circunstâncias do caso concreto, aperfeiçoar e conformar o procedimento, fases dele ou até mesmo um ato procedimental específico, com vistas a conferir uma tutela jurisdicional apta e adequada à situação de direito material discutida em juízo.

Inicialmente, é preciso ter em mente que a flexibilização procedimental não importa na renúncia ou negação à forma, mas na sua peremptória rigidez, sendo necessária a releitura e a superação de certos dogmas em prestígio à

efetivação dos direitos, pois, como acertadamente assevera Oliveira¹¹, não raras vezes, “o formalismo excessivo, o legalismo, e a rigidez procedimental revelam-se como fator negativo para o alcance da finalidade do processo”.

Nesse sentido, é importante reconhecer certo grau de ductilidade nos procedimentos, a permitir ao magistrado amoldá-lo às especificidades do litígio, pois como leciona com acuidade Gajardoni¹²:

“O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, ‘razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa’ (Dinamarco). É preciso, pois, conforme bem aponta José Roberto dos Santos Bedaque, ‘reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom-senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma’.”

A eficiência no sistema processual conduz não apenas à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas e equânimes, mas à responsabilidade e o dever do magistrado em atendê-la.

A flexibilização procedimental por iniciativa judicial pode se realizar sob diversas perspectivas e nuances. A primeira delas se dá pela via hermenêutica, através da releitura de dispositivos legais e a partir da pauta de valores constitucionais. A prática forense trabalhista é repleta de exemplos de flexibilização procedimental impulsionados pela atividade interpretativa do juiz *praeter legem* e até mesmo *contra legem*.

Dentre outros tantos, é possível citar como exemplo as inúmeras decisões proferidas nas cortes trabalhistas admitindo a conversão do rito sumaríssimo em rito ordinário, sob o escorreito fundamento de que tal conduta vai ao encontro dos princípios da efetividade, celeridade, economia e razoabilidade, mas que vai de encontro à literalidade do disposto no art. 852-B, § 1º, da CLT.

A flexibilização e adaptação procedimental também pode se dar, como sói ocorrer, pela heterointegração, quando o juiz do trabalho busca colmatar as lacunas normativas, ontológicas e axiológicas do direito processual do trabalho a partir da aplicação de normas de fonte distinta, a tanto autorizado pelas

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: uma proposta de formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

12 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86-87.

prescrições contidas nos arts. 8º, 769 e 889 da CLT e 15 do NCPC e desde que não haja contradição principiológica.

Essa forma de flexibilização procedimental é recomendável e escorreita, ainda quando não justificada pela supletividade ou subsidiariedade. O direito processual do trabalho pode e deve dialogar com o direito processual civil pelo prisma da interpretação, em prestígio à teoria do diálogo das fontes e tendo por escopo a realização e efetividade de direitos fundamentais.

Vale ponderar que, diante das profundas e aceleradas transformações do mundo do trabalho, cada vez mais polissêmico e multifacetado, e que impactam o direito material do trabalho, o direito processual do trabalho não deve e não pode se manter como um campo jurídico hermeticamente fechado ou autosuficiente, mas, ao contrário, deve ser aberto, dinâmico e manter considerável capacidade expansiva e receptiva em dialogar em harmonia com outras fontes normativas que lhe confirmam instrumentalidade, celeridade e efetividade.

Nesse sentido, o ilustre André Molina¹³ pontua que

“atualmente a filosofia pós-moderna recomenda a interpretação do art. 769 da CLT como uma cláusula de abertura do sistema, possibilitando o seu acoplamento com o processo comum. O art. 15 do novo CPC apenas reforça a interpretação multifacetada e complexa. (...) o direito processual do trabalho pós-moderno, para desincumbir-se da tarefa de dar adequada aplicação aos direitos materiais multifacetados, também há de ser plural, complexo, aberto e dialogado.”

Na senda dessas ideias, destaque-se, a título de exemplo, dentre tantos outros, que a adoção, no âmbito do processo do trabalho, do saneamento compartilhado do processo, previsto no § 3º do art. 357 do NCPC pode se revelar, em diversas situações concretas, como providência que redunde em efetividade, economia e celeridade processual.

Assinale-se que, embora de modo excepcional e provisório, essa concepção restou prestigiada em face do Ato Conjunto CSJT.GP.VP e CGJT nº 6/2020 que, consolidando as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 na Justiça do Trabalho, impulsionou a adoção pelos Tribunais Regionais do Trabalho das mais diversas aberturas de flexibilização procedimental e acoplamento do direito processual do trabalho ao processo civil, o que viabilizou a adoção de práticas que, sob diversas perspectivas e em situações concretas

13 MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, jul./set. 2015.

e pontuais, emergem como alternativa válida, viável e relevante para outorgar efetividade e celeridade a prestação jurisdicional trabalhista regular e contínua.

Importa destacar ainda outra perspectiva de flexibilização procedimental por iniciativa judicial que emerge no contexto das práticas de condução de processos e organização judiciária em torno do chamado gerenciamento de processos.

A atividade jurisdicional é, antes de tudo, serviço público e, pois, sujeita aos imperativos correlatos, que impõe a exigência de eficiência e qualidade do sistema de justiça. E a eficiência do sistema processual abrange as noções de gestão do processo, economia processual e adaptação das regras processuais.

O *judicial case management*, de origem anglo-saxônica, vem sendo objeto de estudo pela doutrina processual brasileira.

Segundo o escólio de Paulo Eduardo Alves da Silva¹⁴,

“O ‘gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo.”

O *case management* tem como fator primordial o fortalecimento e incremento do poder do juiz na condução do processo, que deve buscar meios eficazes de realização de uma solução justa, adequada e eficaz solução ao jurisdicionado, de modo que “enquadre o caso ao procedimento, planeje os atos processuais, controle o andamento do feito e flexibilize, quando necessário, o procedimento”¹⁵.

O gerenciamento aproxima-se da ideia do saneamento do processo, mas vai além porquanto se realiza desde o início do procedimento e se expande por todas as fases processuais, buscando garantir o percurso adequado para cada causa, na perspectiva da flexibilidade e adequação do procedimento pelo magistrado.

Destaque-se, ademais, que, com base no poder geral de cautela conferido ao magistrado, é possível extrair um poder geral de flexibilização e adequação procedimental, legitimando-a. Tal se extrai do art. 765 da CLT, que pode ser tido como cláusula geral que imprime considerável grau de elasticidade na aplicação do direito, além de incrementar os poderes do juiz do trabalho, autorizando-o genericamente que, tendo em conta a *fattispecie* concreta, especifique o caminho a trilhar para a efetiva, célere e adequada tutela dos direitos.

14 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

15 *Ibidem*, p. 36.

DOCTRINA

Também o inciso VI do art. 139 do NCPC contém comando aplicável ao processo do trabalho e que incrementa os poderes do juiz no comando do processo.

A flexibilização do procedimento pelo órgão jurisdicional, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação, deve ser reputada como medida salutar e consentânea com o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere, que leve em consideração as peculiaridades do direito material em conflito.

Entretanto, o ponto nodal dessa constatação reside nos parâmetros e limites acerca do que é possível admitir que o magistrado realize, em termos de flexibilização procedimental, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação, pois essa autorização não pode conduzir a uma irrestrita e ilimitada autonomia judicial.

Impõe-se ao magistrado o inarredável respeito ao *due process of law*, sendo seu dever não apenas observar as garantias constitucionais, mas densificá-las e mantê-las incólumes na conformação procedimental.

Desse modo, é preciso ressaltar que a flexibilização procedimental por iniciativa do juiz e a seu critério deve ser sempre encarada como medida excepcional, de modo que se legitimará tão somente quando as medidas legalmente previstas forem manifestamente inidôneas para a tutela adequada do direito, tendo em vista as especificidades do caso concreto.

Outrossim, a adequação procedimental concretamente realizada deve redundar, faticamente, em acréscimo na eficácia dos direitos fundamentais processuais, jamais em sua restrição ou mitigação. Como corolário, é imprescindível que a decisão judicial nesse sentido seja robustamente fundamentada e fincada em critérios lógicos, racionais e jurídicos, expondo de modo claro as razões fáticas e jurídicas que ensejaram a opção pela adoção da técnica diferenciada.

Além do mais, impõe-se o inarredável respeito ao contraditório, à ampla defesa e às preclusões já consumadas no *iter* procedimental. Assim, em toda a condução processual dever-se-á observar o contraditório, a dialeticidade e o diálogo, envolvendo juiz e sujeitos processuais, o que, ademais, constitui a base constitucional para o modelo cooperativo de processo.

As variações procedimentais implementadas pelo juiz com a garantia do contraditório efetivo não comprometem a segurança jurídica porque legitimam a mitigação das formalidades infecundas e se revestem da previsibilidade propiciada pela participação.

7 – Flexibilização procedimental e segurança jurídica

A perspectiva constitucional do processo não permite compreendê-lo senão em uma dimensão dialética, que, ao mesmo tempo em que aspira segurança, estabilidade e previsibilidade, exige que seus desdobramentos práticos produzam resultados na efetivação do direito material deduzido pelo jurisdicionado.

É clássica a visão de que a vinculação do juiz e das partes a ritos minuciosos e rígidos fixados na lei se relaciona com o valor da segurança jurídica e previsibilidade do sistema, além de representar uma forma de contenção do arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Esse talvez seja o ponto fulcral das posturas resistentes à possibilidade de flexibilização procedimental e adaptação procedimental por iniciativa judicial sem previsão legal específica.

Contudo, a regularidade formal, embora seja indicativo do devido processo legal, não é seu componente exclusivo e nem o seu centro gravitacional. Se é fato que a forma e a previsibilidade do rito são fatores que atuam em prol da segurança jurídica, também é fato que o formalismo não é e nem deve se tornar um fim em si mesmo, mas, ao contrário, apenas se justifica e se legitima quando direcionado à finalidade de garantir e maximizar direitos fundamentais.

Não raras vezes, o rigor formalístico pode macular os fins do processo e obstruir a efetividade da tutela jurisdicional de tal maneira que, “em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz”¹⁶.

Não há colisão, senão aparente, entre a importância de um sistema de garantias formais e a necessidade de um sistema processual eficiente e funcional, revestido de plasticidade para se ajustar às necessidades das partes. O que se impõe é o necessário equacionamento entre os valores da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional.

O *due process of law* é ressignificado no marco do estado constitucional, passando a ser compreendido como direito ao “justo processo regulado na lei, mas em formas relativizáveis e variáveis à luz das situações observadas em cada caso”¹⁷, de modo que, sob o prisma constitucional, não há mais espaço para compreender segurança jurídica como fator legitimador da rigidez procedimental.

16 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em: 22 jun. 2020.

17 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 191.

Devido processo legal não se restringe à mera garantia de legalidade, mas antes, implica atendimento às exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais consagrados no texto constitucional brasileiro, o que abrange o direito a um procedimento adequado.

É preciso dar nova roupagem à noção de formalismo processual para adequá-lo às exigências contemporâneas de efetividade e eficiência da jurisdição. Ademais, em matéria de invalidades processuais, incide o princípio insculpido no art. 794 da CLT, de modo que não há que se falar em nulidade de ato processual colimado de vício se dele não resultar prejuízo à parte afetada pelo defeito processual.

Mais que um dever, a flexibilização do procedimento previsto abstratamente na lei com o fim de torná-lo apto para o competente manejo do caso, fazendo frente, assim, às exigências advindas da situação concreta, revela-se como uma imposição do direito à tutela justa, adequada, célere e eficaz, o que, ao contrário de vulnerar, atua em prol da otimização e efetivação do princípio do devido processo legal.

8 – Conclusão

No marco do Estado constitucional democrático, o direito de ação é compreendido como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. Essa constatação implica a necessidade de uma mudança paradigmática atenta às diretrizes metodológicas irradiadas no contexto pós-positivista com sua âncora constitucional, inclinada às exigências de mitigação da rigidez dos procedimentos e da sua adequação pelo juiz para atender às exigências do caso concreto e a despeito de previsão legal específica.

Nesse desiderato, a ductilidade procedimental é exigência que se impõe, possibilitando ao magistrado adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto, com vistas a outorgar de modo eficiente e efetivo a tutela prometida pelo direito substancial e desde que observadas as garantias constitucionais do processo.

9 – Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOCTRINA

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 1, p. 68-81, abr. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2020. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, jul./set. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: uma proposta de formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em: 22 jun. 2020.

OMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.

OMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LII, n. 3, 1998.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO Jr., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Academia Brasileira de Processo Civil*, jun. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

Recebido em: 06/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020