

## A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### Erika Zanon Soares

Formada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Pós –graduada pela PUC – SP em Direito Processual Civil, Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU, Formada em mediação extrajudicial, advogada colaborativa formada pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, Consteladora Familiar pela Indeviso e atualmente é professora da UNIVERSIDADE BRASIL, na Graduação, nas áreas de Direito Constitucional e Direito Processual.

### Resumo

A rigidez do Processo Civil nem sempre foi objeto de estudos. Por muitos anos, a técnica imperava e era considerada valor praticamente absoluto. A observância das regras processuais era mais importante que a solução da questão substancial. Aos poucos, entretanto, percebeu-se que o apego excessivo a forma prejudicava a efetivação da tutela. O processo não obstante autônomo em relação aos vários ramos do direito material, passa a ser visto como simples meio para efetivação das regras existentes do ordenamento jurídico, tornando possível a convivência social. É a chamada fase da instrumentalidade do processo, de forma que o rigorismo formal começa a perder espaço. O processo evolutivo do processo ganha força com Constituição Federal de 1988 e a inegável facilitação do acesso a justiça, momento em que os operadores do direito verificaram que a permanência da rigidez do procedimento não tinha mais espaço na sociedade que anseia rapidez na prestação jurisdicional.

#### Editor Geral

Prof. Dr. Mário Pereira Roque Filho

#### Organização e Gestão

Prof. Ms. Clayton Pedro Capellari

#### Correspondência

Alameda Nothmann, nº 598 Campos Elíseos, CEP 01216-000 São Paulo – SP, Brasil.

+55 (11) 3224.0889 ramal: 218

E-mail: [f272dir@cps.sp.gov.br](mailto:f272dir@cps.sp.gov.br)

Assim, atualmente presenciamos o fenômeno da renovação das leis processuais para garantir a celeridade e ao mesmo tempo a segurança jurídica. São essas tendências que serão abordadas no presente trabalho.

**Palavras Chaves:** Direito constitucional, procedimento, flexibilização, acesso a justiça, Processo Civil.

### **Abstract**

The rigidity of the Civil Procedure has not always been the object of studies. For many years, the technique prevailed and was considered practically absolute value. Compliance with procedural rules was more important than the solution of the substantive issue. Gradually, however, it was noticed that the excessive attachment to the form harmed the effectiveness of the guardianship. The process, although autonomous in relation to the various branches of substantive law, starts to be seen as a simple means to implement the existing rules of the legal system, making social coexistence possible. It is the so-called instrumentality phase of the process, so that formal rigorism begins to lose ground. The evolutionary process of the process gains strength with the Federal Constitution of 1988 and the undeniable facilitation of access to justice, at which time the operators of the law verified that the permanence of the rigidity of the procedure had no more space in the society that yearns for speed in the judicial provision. Thus, we currently witness the phenomenon of renewal of procedural laws to ensure speed and at the same time legal certainty. These trends will be addressed in this work.

**Keywords:** Constitutional law, procedure, flexibility, access to justice, Civil Procedure.

### **Introdução**

No plano constitucional, o ordenamento é enfático ao ressaltar, de forma explícita e taxativa, os princípios fundamentais da igualdade, contraditório e ampla

defesa, impondo motivação aos pronunciamentos do Poder Judiciário e largo acesso à jurisdição, não descuidando de outros princípios e direitos fundamentais.<sup>1</sup>

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada e tempestiva de direitos. O mesmo vale para o direito de defesa. O Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição<sup>2</sup>.

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional.<sup>3</sup>

A Constituição atua sobre o processo e garante-lhe os princípios básicos, para que ele possa, depois, atuar de forma apropriada os princípios e garantias que ela própria contém e que se espalha sobre todo o ordenamento jurídico.

A estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada conduz à estruturação da chamada jurisdição constitucional das liberdades, um complexo de meios preordenados ao exercício da jurisdição, em casos concretos, com vista a efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional.<sup>4</sup>

O conceito, significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais, são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea interpreta as suas palavras sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, C. A. Á. **Do formalismo no Processo Civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264.

<sup>2</sup> MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

<sup>3</sup> DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

<sup>4</sup> DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203.

<sup>5</sup> LAFER, C. **O Brasil e a crise mundial**. São Paulo: Perspectiva, 1984, p. 20.

A atual Constituição Federal brasileira privilegia, inegavelmente, enfoque mais consentâneo com a realidade atual, preocupada com o aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica.<sup>6</sup>

Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos podem ser notados, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou Direito Processual Constitucional e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo.”<sup>7</sup>

O Processo Civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas sim englobado, como visto, nas ideias e concepções predominantes em determinada sociedade.

A ordem constitucional apresenta-se em grande parte como o desaguadouro natural dessas condicionantes.

A visão analítica das relações entre Processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo- Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.<sup>8</sup>

Desde que observado o contraditório e não sendo prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem a ideia de processo justo, tal como regulado pela Constituição.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, C. A. Á. **Do formalismo no Processo Civil. Proposta de um formalismo-valorativo.** 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150-151.

<sup>7</sup> CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85.

<sup>8</sup> DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26-27.

<sup>9</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do Processo e técnica processual.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

Desta sorte, a Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídicos-objetivos para conformação dos tribunais e do processo judicial.<sup>10</sup>

A visão estática própria do processo, cujos efeitos se exauriam em um enquadramento garantístico, mas que não permitia uma interferência direta e inovadora da realidade processual, foi aos poucos sendo ultrapassada.

Lidando o formalismo processual no fundamental com a domesticação do arbítrio estatal dentro do processo, o aspecto constitucional cobra especial importância, pois em plano superior a Constituição visa a solucionar os difíceis e agudos problemas de relacionamento entre a ordem legal, justiça e liberdade.<sup>11</sup>

A Constituição de 1988 quer minimizar o autoritarismo dentro do processo, haja visto os inúmeros direitos fundamentais processuais que traz em seu bojo.

Um dos mais relevantes princípios é o do devido processo que compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido pelo pálio do contraditório, aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.<sup>12</sup>

Desta maneira, a adequação do procedimento abstratamente previsto em lei, faz com que, o devido processo seja fortalecido.

Devido processo constitucional<sup>13</sup> (conhecido amplamente como devido processo legal) entende-se como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de poderes processuais e faculdades, e de outro

---

<sup>10</sup> GOMES CANOTILHO, J. J. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 1990, p.151-201, esp. p.192 e s.

<sup>11</sup> Como bem ressalta GRINOVER, A. P. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.14.

<sup>12</sup> CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

<sup>13</sup> BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

garantem o escorreito exercício do poder. É princípio que se aplica a qualquer procedimento que tenha por objeto o trinômio vida-liberdade-patrimônio, de modo que há devido processo legal judicial, legislativo, administrativo e, por que não, no âmbito privado.<sup>14</sup>

O princípio do devido processo constitucional tem o sentido material que caracteriza-se pela necessidade de elaboração e aplicação regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais.<sup>15</sup> Por força disto o julgador, observando que o procedimento construído abstratamente pelo legislador é inadequado à tutela efetiva do direito material ou da parte, deve se valer da razoabilidade e, voltando-se para a justiça do caso em concreto, há de providenciar a variação ritual para a adequação do procedimento às especificidades da causa.<sup>16</sup> Afinal, a razoabilidade (ou proporcionalidade) - decorrência clara, necessária e lógica do devido processo legal material - é método de interpretação do direito (e não princípio como dizem alguns) que torna “possível a justiça do caso concreto, flexibilizando-se a rigidez das disposições normativas abstratas”<sup>17</sup> Assim, é inevitável a adaptação do procedimento ao caso concreto.

O devido processo constitucional em sentido formal, nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, conforme as regras previamente estabelecidas.<sup>18</sup> Ocorre que essas regras não necessitam estar previamente estabelecidas pela via legislativa, tampouco serem fixadas rigidamente de forma a impossibilitar o julgador de moldá-las ao caso concreto. Desde que a flexibilização do procedimento não tolha dos litigantes o acesso à justiça, o direito de ação e de defesa na amplitude prevista na Constituição Federal e nas normas processuais, é plenamente possível a ocorrência de variações rituais.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Cf. SARMENTO, D. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

<sup>15</sup> CRUZ E TUCCI, J. R.; TUCCI, R. L. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.15; e CRUZ E TUCCI, J. R.; TUCCI, R. L. **Devido Processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

<sup>16</sup> GAJARDONI, F. F. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008, p.101.

<sup>17</sup> DIDDIER JÚNIOR, F. **Direito processual Civil**. 4.ed. Salvador: Juspodim, 2004, p.14.

<sup>18</sup> NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27.

<sup>19</sup> GAJARDONI, F. F. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 101.

A instrumentalidade do sistema processual está diretamente relacionado á ordem social, econômica e política representada pela Constituição e pelas leis infra-constitucionais.

É lícito concluir, ainda, que todo o Direito Processual Constitucional, constitui uma postura instrumentalista- seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídicos-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo).<sup>20</sup>

É um engano vincular o devido processo legal a um trâmite previamente estabelecido em regras fixas, mas sim que seja oportunizado as partes o direito a um processo justo, isto é onde lhe seja assegurado o respeito as garantais constitucionais.

Por tudo exposto, é possível concluir que a Constituição Federal, objetiva que seja oportunizado às partes um processo justo, com a proteção ao contraditório e a ampla defesa, algo que pode ser perfeitamente vislumbrado mesmo com a adaptação do processo e do procedimento em situações pontuais, em casos específicos e determinados, haja vista a finalidade última da Magna Carta que é a realização de um processo justo e eficiente.

---

<sup>20</sup> DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-33.

## Referências Bibliográficas

- AFONSO, E. M. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.
- ALMEIDA COSTA, M. J. **História do direito português**. Coimbra: Almedina, 1989.
- ALVES, F. G. P. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM NETTO, J. M. A. **Manuel de direito processual civil**, cit.,v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, S. **A fungibilidade de meios: conversão do ato praticado no processo civil brasileiro e a possibilidade de escolha entre meios processuais postos á disposição das partes**. 2006. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ANDRADE, J. C. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2003.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953.
- BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do Processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRUZ E TUCCI, J. R.; TUCCI, R. L. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009
- DIDDIER JÚNIOR, F. **Direito processual Civil**. 4.ed. Salvador: Juspodim, 2004
- FARIA, J. E. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva. 1978.
- GAJARDONI, F. F. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008



GOMES CANOTILHO, J. J. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 1990.

LAFER, C. **O Brasil e a crise mundial**. São Paulo: Perspectiva, 1984.

MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OLIVEIRA, C. A. Á. **Do formalismo no Processo Civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010

OLIVEIRA, C. A. Á. **Do formalismo no Processo Civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, D. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006