



Flexibilización y combinación de procedimientos en el sistema procesal civil brasileño

Flexibilization and Combination of Procedures in Brazilian Civil Procedural Law System

Fernando da Fonseca Gajardoni

Profesor de pregrado y postgrado de la *Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo*. Juez de derecho en Brasil.
Contacto: fernando.gajardoni@usp.br

Camilo Zufelato

Profesor titular de derecho procesal civil de la *Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo*.
Contacto: camilo@usp.br

Resumen

Los autores analizan el sistema procesal civil brasileño, específicamente los principios de adecuación y adaptabilidad procesal, la flexibilidad y la posibilidad de combinar procedimientos, como poderes genéricos del juez. Sin embargo, hacen énfasis en sus límites y en la preservación de las garantías de las partes para promover la seguridad jurídica y evitar las decisiones sorpresa.

Palabras clave: Adecuación procesal, adaptabilidad, flexibilidad, seguridad jurídica

Abstract

The authors analyze the Brazilian civil procedural system, specifically the principles of procedural adequacy and adaptability, flexibility, and the possibility of combining procedures, as generic powers of the judge. However, they emphasize their limits and the preservation of the parties' guarantees to promote legal certainty and avoid surprise decisions.

Key words: Procedural adequation, adaptability, flexibility, legal certainty

Recibido: 1 de octubre de 2021 / Aprobado: 31 de marzo de 2022



Flexibilización y combinación de procedimientos en el sistema procesal civil brasileño*

Fernando da Fonseca Gajardoni
Camilo Zufelato

1. *Principios de adecuación y de adaptabilidad (flexibilización) del procedimiento*

Las formas y reglas procesales corresponden a una necesidad de orden, certeza y eficiencia. Así, su observancia representa la garantía de un proceso cuya tramitación es regular y legal, como también el respeto a los derechos de las partes. De ahí que el formalismo resulta ser indispensable para el proceso.

Sin embargo, como bien lo advierte la autorizada doctrina, “es necesario evitar, en la medida de lo posible, que las formas sean una dificultad y un obstáculo para el logro de los objetivos del proceso; así también, es necesario impedir que la restrictiva observancia de la forma reprima la esencia del derecho”¹.

* Traducción de Brian Ragas.

¹ LIEBMAN (1985: 225). La politóloga Maria Teresa SADEK, entre los fenómenos que componen la denominada crisis de la justicia, destaca: a) la crisis estructural del sistema de justicia; b) la crisis institucional; y c) la crisis relativa a los procedimientos (SADEK: 2004). También señala, en los términos de la investigación que realizó junto a los magistrados brasileños, que después de la falta de recursos materiales –que fue indicada por la gran mayoría como el principal factor que obstaculiza el buen funcionamiento del Poder Judicial–, viene luego la existencia de un exceso de formalidades en los procedimientos judiciales (ARANTES y SADEK: 1994).

Por esta razón, el legislador, al regular las formas (que en gran parte son el resultado de una experiencia que durante siglos se ha acumulado)², “debe preocuparse en adaptarlas a las necesidades y costumbres de su tiempo, eliminando lo excesivo y lo inútil”³.

De ese modo, la adaptación del proceso a su objeto y sujetos se realiza, en principio, en un plano legislativo, mediante la elaboración de los procedimientos y la previsión de las formas adecuadas a las necesidades de los lugares y tiempos. En general, esta es la regla⁴.

Pero también, es recomendable que esto ocurra en el propio ámbito del proceso, mediante el otorgamiento de poderes al juez (y eventualmente a las partes) para que, dentro de determinados límites, pueda realizar la adecuación de manera concreta⁵.

² Para un análisis de la evolución histórica de la forma a través de los tiempos, cfr., en todo a, FOUCAULT (1996: 53-78).

³ LIEBMAN (1985: 226).

⁴ En Brasil, la competencia para legislar sobre el proceso es exclusiva/privativa de la Unión, conforme el art. 22, I, de la CF de 1988. Y la prueba de esto es que el CPC de 2015 es una ley federal, promulgada por la Unión. Sin embargo, existe en la CF de 1988, la disposición sobre la competencia concurrente entre la Unión y los Estados Federales respecto de procedimientos en materia procesal, siendo la primera competente para promulgar las reglas generales sobre el tema, y a los segundos les corresponde la elaboración de las reglas locales, particulares, a fin de adecuar los procedimientos abstractamente previstos por el legislador federal a la realidad local de un país continental, con enormes diferencias económicas, sociales y culturales de región a región (art. 24, X y XI, de la Constitución Federal de 1988). A pesar de la disposición constitucional, son raras las situaciones en las que el legislador de los Estados-miembros hayan desempeñado la facultad prevista en la CF de 1988, de modo que, en la mayor parte del país, las leyes generales sobre el procedimiento de la Unión terminan regulando el trámite de los procesos en el país. Para más digresiones sobre el tema, cfr. GAJARDONI (2010: 199-227); BERALDO (2019); BRAGA (2015).

⁵ Cfr. BEDAQUE (2005: 61). El profesor paulista señala, además, que: “la legalidad de la forma debe ser ablandada por algunas ideas propias del principio

De hecho, la actual importancia que se da al aspecto de la eficacia del proceso (en su aspecto material y temporal), sugiere que se deba conferir un ritmo necesario al procedimiento para una efectiva actuación jurisdiccional⁶. Si esto no se obtiene en virtud de las disposiciones legales que sean capaces de brindar una tutela adecuada y tempestiva al derecho material, se debe otorgar al juez las “condiciones para acelerar los procedimientos, o detenerlos, de acuerdo con la necesidad concreta y observando siempre las garantías de los más relevantes principios del proceso”⁷.

En ese contexto, se habla del *principio de adecuación* para designar la imposición sistemática dirigida al legislador, con el fin de que se construya modelos procedimentales que sean capaces de una tutela especial de ciertas partes o del derecho material; y del *principio de adaptabilidad* (de flexibilización o de *elasticidad procesal*⁸) para designar la actividad del juez de flexibilizar el

de libertad, en el sentido de que el juez pueda adecuar la forma a las necesidades y especificidades de la situación concreta” (BEDAQUE, 2005: 424).

⁶ BEDAQUE (2001: 54-58).

⁷ NALINI (1996: 673-688). En suma, los principios constitucionales del proceso inciden en su estructura técnica, de modo que no solo el legislador infraconstitucional debe trazar un proceso que corresponda a estos principios, sino también los procesalistas deben extraer del sistema las tutelas que permitan la realización concreta del derecho a la adecuada, efectiva y tempestiva tutela jurisdiccional (MARINONI, 2002: 48).

⁸ Calamandrei, a la luz de la derogada legislación procesal italiana, señaló que, sin desmerecer el principio de legalidad de las formas, la ley de su país “atenúa la excesiva rigidez, adoptando en lugar de un tipo de procedimiento único e invariable para todas las causas, un procedimiento adaptable a las circunstancias que puede ser, en caso sea necesario, abreviado o modificado, pudiendo asumir múltiples figuras, en consonancia con las exigencias concretas de la causa”. Debe destacarse, sin embargo, que el autor apenas admitía el uso de la elasticidad en la elección de caminos que previa y genéricamente estaban establecidos por la ley, y no que las partes o el juez eligiesen libremente el mejor acto procesal de la tramitación (CALAMANDREI, 1999: 299-300).

procedimiento inadecuado o reducir la utilidad para mejorar la atención de las particularidades de la causa⁹.

Así, la flexibilización del procedimiento es una condición inexorable de la aplicación del principio de adaptabilidad y de la conducción activa del proceso por parte del juez.

2. *Ámbito de aplicación de los principios de adecuación y de adaptabilidad*

Ambos principios son aplicables desde un punto de vista subjetivo (partes)¹⁰ u objetivo (derecho material)¹¹.

Según el aspecto subjetivo, la calidad de las partes justifica una variación del procedimiento, de ahí que precisamente por esta razón la garantía constitucional de la isonomía no se infringe (art. 5, *encabezado*, de la CF), sino, por el contrario, se refuerza. De ese modo, la legislación modifica el procedimiento para que el

⁹ En efecto, Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, aunque rechaza que el procedimiento se someta al arbitrio judicial, reconoce la necesidad de que el juez realice una actividad más aguda dentro del proceso, confiando en su efectiva dirección (2003: 55-84, especialmente p. 58), por esa razón, siendo el juez un agente político del Estado, “portador del poder de este y como expresión de la democracia indirecta practicada en los estados occidentales contemporáneos”, no hay “razón para encasillarlos en cubículos formales del procedimiento, sin libertad de movimiento y con muy poca libertad creativa” (1999: 9-19). Dinamarco resalta, también, que la idea de la sumisión total de las reglas del procedimiento a los designios del juez aún no es comprendida, sin embargo, acepta cierta dosis de libertad del juez, incluso para adaptar el procedimiento a las particularidades del derecho material (DINAMARCO, 1996: 136). Cfr., también, COMOGGIO (1979).

¹⁰ Cabe señalar que, en este aspecto, se diferencia nuestra concepción sobre la flexibilidad procedimental de la adoptada por la doctrina portuguesa, que solo lo admite en razón a criterios objetivos fundados en el derecho material, sin permitir que el juez analice la necesidad de la adecuación conforme a los sujetos, asegurando una igualdad sustancial de las partes (BRITO, 1997: 64-65).

¹¹ En sentido semejante cfr. LACERDA (1976: 161-170). El ilustre autor gauchó, sin embargo, observa un aspecto más en su clasificación, el teleológico que, en nuestra opinión, al tener un matiz objetivo y al estar relacionado con el derecho material, no requiere de autonomía clasificatoria.

Ministerio Público, la Abogacía Pública y la Defensoría Pública tengan plazos más extensos para la práctica de actos procesales, contados a partir de la notificación personal (arts. 180, *encabezado*, 186, *encabezado* y § 1 y 186, *encabezado* y § 1 del CPC de 2015), para que el Ministerio Público actúe en los procesos donde exista intereses de personas con incapacidad (art. 178, II del CPC de 2015), etc. Así también, no existe impedimento para que el juez promueva la variación del procedimiento en virtud de las características de la parte litigante, ya sea cuando el legislador le otorgue expresamente tal atribución (v.g., la inversión o distribución dinámica de la carga de la prueba, según lo establecido en el art. 6, VIII, del Código de Defensa del Consumidor y el art. 373, § 1 del CPC de 2015), o cuando el mismo no ha previsto una regulación flexibilizadora, pese a su imperiosidad de restablecer el equilibrio de fuerzas entre los litigantes (la utilización de procedimientos diferentes en los casos donde el demandado, estando en un lugar distante, tiene una incapacidad o una gran dificultad para viajar hasta la Comarca para la audiencia inicial del procedimiento sumarísimo o especial¹²).

Así también, conforme al derecho material (objetivamente) es posible la variación del procedimiento. La ley, por ejemplo, lo hace cuando ordena los procedimientos comunes y especiales considerando, entre otros criterios, la pretensión económica (valor de la causa); cuando elige, aunque sin el rigor necesario¹³, un

¹² Algo que ocurre comúnmente en las acciones de alimentos, cuyo procedimiento especial según los arts. 5 al 7 de la Ley 5.478/1968, en consonancia con la regla especial de competencia del art. 53, II del CPC de 2015, impone la comparecencia del demandado de bajos ingresos, a menudo domiciliado en otro Estado de la federación, ante el juez del domicilio del alimentista, bajo pena de rebeldía. No obstante, apreciamos que no existe impedimento para que el juez, a la luz de la reclamada incapacidad económica, deje de decretar la rebeldía y acepte, sin mayores perjuicios para el demandante, el trámite de la demanda mediante la vía ordinaria.

¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca (2006: 15-24, esp. p. 20).

derecho que considera digno de una protección más eficiente o célere, tales como la posesión, la acción de alimentos (Ley 5.478/68), la búsqueda y aprehensión de la enajenación fiduciaria (Decreto-Ley 911/1969); o cuando, por la forma como se presenta el derecho material, se otorga tutela de manera más rápida al jurisdiccional (mandado de seguridad* según la Ley 12.016/2009 y la acción monitoria). No obstante ello, es posible que esta variación sea realizada, de igual modo, por el juez disponiendo la flexibilización cuando verifica que el procedimiento no es capaz de tutelar adecuada o potencialmente un derecho material, ya sea que exista o no una disposición legal específica al respecto (ver art. 139, VI del CPC de 2015)¹⁴.

3. Principio de adaptabilidad y los sistemas de flexibilización del procedimiento

La aplicación del principio de adaptabilidad, naturalmente, tiene un carácter subsidiario. Solo se aplica a los casos donde el legislador no creó específicamente un procedimiento particular y adecuado para la tutela del derecho o de la parte (como se supone que sucede con los procedimientos especiales¹⁵). Si el

* N. de T.: Según el ordenamiento jurídico brasileño, a través del “*mandado de segurança*” se protege un derecho líquido y cierto que no sea amparado por el hábeas corpus o el hábeas data, cuando, de manera ilegal o con abuso de poder, cualquier persona física o jurídica sufre una violación o exista un justo temor de sufrirla por parte de alguna autoridad. Una figura semejante en el Perú, aunque con sus propias particularidades (entre ellas, que solo protege derechos fundamentales), sería el amparo.

¹⁴ El enunciado n. 35 de la Escuela Nacional de Formación de Magistrados (ENFAM), indica que: “Además de las situaciones donde se autoriza la flexibilización del procedimiento conforme el art. 139, IV del CPC de 2015, el juez de oficio puede, preservando la previsibilidad del procedimiento, adaptarlo a las particularidades de la causa, observando las garantías fundamentales del proceso”.

¹⁵ El CPC del 2015 (art. 539 al 775), considerando la disposición sobre la adecuación de los procedimientos a las particularidades subjetivas y objetivas del caso, establece –además del procedimiento común (estándar)–, numerosos procedimientos especiales de la legislación contenciosa (consignación de pago,

procedimiento es ideal y atiende perfectamente las características del caso, no hay lugar para la adaptación.

La riqueza de la praxis forense, sin embargo, ha demostrado bien que el legislador es incapaz de diseñar, a la perfección, procedimientos específicos para todas las situaciones cotidianas. Siempre surgirá un nuevo caso donde, en razón del derecho debatido o la calidad de uno de los litigantes, se justifique una evaluación del procedimiento a las circunstancias del caso y, por lo tanto, la aplicación del principio de adaptabilidad.

A partir de esa constatación pragmática, el operador jurídico debe buscar, por el bien de la funcionalidad del sistema, la construcción de una teoría plausible que justifique la adaptación; algo que solo es posible, como ya lo hemos señalado, a través de la flexibilización de las reglas del procedimiento.

Al respecto, tres son los sistemas de flexibilización (adaptación) procedimental¹⁶.

El primero de ellos, es la flexibilización en razón de la ley (flexibilización legal). De hecho, una disposición legal puede autorizar al juez a proceder con la adaptación del procedimiento al caso.

Esta autorización puede ser incondicional –como lo hace el legislador portugués en el artículo 6¹⁷ y 547¹⁸ del CPC luso–, en

acción de exigir cuentas, acciones posesorias, acciones de división y demarcación de tierras privadas, acción de disolución parcial de la sociedad, inventario y partición, embargos de terceros, oposición, habilitación, acciones de familia, acción monitoria, acción de regulación de avería gruesa y restauración de los autos) y voluntaria (notificaciones/interpelaciones, enajenación judicial, divorcio y separación de mutuo acuerdo, cambio del régimen de bienes del matrimonio, testamentos y codicilos, herencia yacente, bienes del ausente, cosas perdidas, interdicción, organización y fiscalización de las fundaciones y ratificación de protestos marítimos y procesos atestiguables formados a bordo).

¹⁶ Originariamente, esa construcción fue propuesta por GAJARDONI (2007).

cuyo caso la norma deja a criterio del juez y sin indicación expresa, la variación procedimental adaptativa, incluso con la posibilidad de que el juez, como veremos más adelante (ítem 6 infra), combine procedimientos o técnicas procesales ya existentes (flexibilización legal genérica). Así también, el legislador puede prever procedimientos alternativos para la causa¹⁹, supuestos donde el juez elige el procedimiento o la combinación que le parezca más adecuada para la tutela del caso concreto²⁰ conforme las opciones establecidas previamente en la legislación, no siéndole posible, no obstante, escoger otra fuera del listado legal (flexibilización legal alternativa).

Un segundo sistema es la flexibilización procedimental judicial. *A pesar de que no existe una disposición legal al respecto*, correspondería al juez, a la luz del principio de adaptabilidad y en

¹⁷ El art. 6 del CPC de Portugal, establece que: 1.- Corresponde al juez, sin perjuicio de la carga de impulso que es impuesta a las partes especialmente por la ley, dirigir activamente el proceso y disponer su célere tramitación, promoviendo de oficio las diligencias necesarias para la normal continuación de la acción, rechazando lo que fuese impertinente o simplemente dilatorio y, después de escuchar a las partes, adoptar los mecanismos de simplificación y agilización procesal que garanticen la justa composición de la disputa en un plazo razonable.

¹⁸ El art. 547 del CPC de Portugal, establece que: El juez debe adoptar la tramitación procesal adecuada a las particularidades de la causa y adaptar el contenido y la forma de los actos procesales al fin que se pretenden alcanzar, asegurando un proceso justo.

¹⁹ Vale la pena recordar que esta controversia, en la doctrina portuguesa, sobre las situaciones de las variaciones del procedimiento ya predispuestas por el legislador son consideradas hipótesis de adecuación formal. En lo negativo, cfr. BRITO (1997: 38-40 y 67-68). En lo afirmativo, REGO (2004: 263).

²⁰ En virtud del derogado CPC italiano, CALAMANDREI señalaba que, en su sistema, evitando el arbitrio judicial en la elección del procedimiento, se construía el procedimiento no como una sola pieza, sino como un “mecanismo compuesto de piezas desmontables y combinables entre sí, de distintas maneras, correspondiendo a la sensibilidad de las partes y a la prudencia del juez el analizar caso por caso de una manera más consistente con los fines de la justicia” (CALAMANDREI, 1999: 300).

atención a las diferencias del caso en concreto (objetiva y subjetiva), configurar un procedimiento hacia la obtención de una adecuada tutela, eligiendo qué actos procesales se practicarán consecuentemente, así como su forma y modo²¹. Se trata de un modelo muy cercano al de la libertad de formas, que difiere de este, no obstante, por el carácter subsidiario de la incidencia. En este régimen, la flexibilización judicial solo ocurriría de manera excepcional y mediante una serie de condicionamientos, preservando así el régimen de la legalidad de las formas como regla.

El tercer sistema sería la flexibilización voluntaria de las reglas de procedimiento, como ocurre en la primera parte del art. 21 de la Ley de Arbitraje de Brasil (Ley 9.307/96) o, especialmente, en el art. 190 del CPC brasileño²². Así, les correspondería a las partes elegir, a través de las convenciones procesales (típicas y atípicas), algunos procedimientos o actos procesales de la tramitación, que también son de carácter excepcional y con condicionamientos.

4. Del CPC de 1973 al CPC de 2015

²¹ CALAMANDREI, al investigar el poder creativo del juez, anota que en algunos casos el sistema procesal sustituye la fórmula de creación legislativa del derecho por la fórmula judicial, casos en los que, incluso no existiendo las características de generalidad y abstracción propios de la ley, el comando judicial, aunque limitado y en un caso particular, tiene una eficacia innovativa típica del acto legislativo (CALAMANDREI, 1999: 165).

²² El art. 190 establece que: “Si el proceso versa sobre derechos que admitan autocomposición, está permitido que las partes plenamente capaces estipulen cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y pactar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este artículo, negándoles aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en un contrato de adhesión o si alguna parte se encuentra en manifiesta situación de vulnerabilidad”.

El CPC de 1973, al vincularse al sistema de legalidad de las formas, fue partidario, principalmente, del régimen de rigidez procedimental, donde se admitía –como máximo– la flexibilización legal alternativa, pues las tramitaciones procedimentales alternativas (variaciones procedimentales previamente establecidas por el legislador) tenían una mayor incidencia en detrimento del modelo legal genérico de flexibilización. Así, prácticamente en el CPC de 1973 no existía nada que autorizaba, desde un punto de vista legal, al juez o las partes –de manera general– a regular el procedimiento conforme a las particularidades de la causa (flexibilización legal genérica) o al interés personal (flexibilización legal voluntaria).

En el anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas responsables del CPC de 2015, se pretendía reemplazar el modelo rígido del CPC de 1973 (flexibilización legal alternativa) por un sistema de flexibilización legal genérica (como el sistema portugués). El art. 107, V, del anteproyecto establecía que el juez dirigiría el proceso conforme a las disposiciones de la ley, correspondiéndole la “adecuación de las fases y de los actos procesales a las particularidades del conflicto, de modo que se confiere mayor efectividad a la tutela del bien jurídico, respetando siempre el contradictorio y la amplia defensa”.

Si, por un lado, se aplaudió la norma propuesta bajo el fundamento de que, con esto, los procedimientos pasarían a ser adecuados a las particularidades subjetivas y objetivas del conflicto (y no al contrario) –incluso volviendo innecesaria la previsión exhaustiva y extensiva de los procedimientos especiales establecida por el legislador–, por otro lado, se encontraron fuertes críticas (y resistencia) de la comunidad jurídica hacia la ampliación de los poderes del juez en la conducción activa del procedimiento, por el riesgo de perder, una vez que la flexibilización se hiciera operativa, el control del curso del proceso (de la previsibilidad), principal factor para la preservación, desde siempre, del modelo de rigidez formal.

Así, en la búsqueda de un consenso político necesario, el legislativo brasileño optó por mantener la posibilidad de la flexibilización legal genérica del procedimiento, pero de una manera mitigada. De ese modo, conforme se estableció en el art. 139, VI del CPC de 2015, se limitó la flexibilización legal genérica del procedimiento a dos hipótesis: el aumento de los plazos (no se permite la disminución de plazos) y la inversión de la producción de los medios de prueba.

A pesar de esto, el CPC de 2015 fue un poco más lejos. En su art. 190 se estableció que el modelo de flexibilización voluntaria del procedimiento (cláusula general del negocio jurídico procesal), autoriza a las partes plenamente capaces, cuyas causas versan sobre derechos que admitan la autocomposición, a: a) estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las particularidades de la causa; y b) realizar convenciones sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Incluso permitió a las partes, junto con el juez (negocio jurídico plurilateral), a establecer un calendario procesal (artículo 191 del CPC de 2015).

En conclusión, el CPC de 2015 trabaja concomitantemente con 3 (tres) modelos de flexibilización procedimental, al menos dos de los cuales están relacionados con la conducción activa del proceso por parte del juez.

La regla general sigue siendo de la flexibilización legal alternativa (tramitaciones procesales alternativas), donde el juez determina el curso de la causa con cierta libertad, pero dentro de las alternativas preestablecidas en el sistema por el legislador (tramitación procesal alternativa).

No obstante, se autorizó la flexibilización legal genérica del procedimiento, aunque de manera mitigada, lo que permitió al juez ampliar el plazo, invertir el orden de producción de las pruebas y combinar algunos procedimientos (solo eso),

independientemente de la autorización legal específica y expresa (art. 139, VI, y 327, § 2º, del CPC de 2015).

Además, se han realizado profundos avances con respecto a la flexibilización legal voluntaria, autorizando a las partes capaces, de modo general, mediante las convenciones procesales, a modificar los procedimientos e incluso sus poderes, deberes, cargas y obligaciones en las causas que admiten autocomposición, por ejemplo, ampliando o reduciendo plazos; realizando convenciones sobre juzgamiento en instancia única renunciando a los recursos; estableciendo división de los gastos por la derrota; acordando una cláusula de paz (determinado tiempo donde el acceso a la justicia está prohibido), etc.

El gran desafío de la doctrina procesal civil brasileña, en adelante, es interpretar el art. 190 del CPC de 2015, con el fin de comprender la mitigación del publicismo procesal derivado de la nueva legislación, estableciendo cuáles son los límites de la autonomía de voluntad de las partes en el ámbito de los negocios jurídicos procesales²³.

5. Límites a la aplicación del principio de adaptación (flexibilización) y a la conducción activa del procedimiento por parte del juez

Es evidente que debe existir algún criterio, aunque sea mínimo, para que el juez pueda implementar la variación procedimental; pues, de no ser así, el sistema procedimental se volvería impredecible e inseguro para las partes y el juez, no sabiendo a dónde va el proceso o cuándo acabará²⁴. La conducción

²³ Para un análisis más preciso del tema, cfr. GAJARDONI (2015). Cfr., también, NOGUEIRA (2020); CABRAL (2016); ALMEIDA (2015); CABRAL (2019).

²⁴ En el derecho portugués, donde la adecuación formal está expresamente permitida, se establece como requisitos condicionantes para la flexibilización: a) audiencia previa de las partes interesadas; b) modificación procedimental pactada y fundamentada en criterios objetivos con base en el derecho material: no se puede admitir que el juez aprecie la necesidad de

activa del procedimiento por parte del magistrado debe cumplir con los límites establecidos por el sistema jurídico, ya sea para los casos en que se autoriza la flexibilización legal del procedimiento (genérico o alternativo, incluso en el supuesto de una combinación de procedimientos), o en caso se reconozca que, incluso en ausencia de una disposición legal expresa, el juez en virtud del principio de adaptabilidad, tiene el poder de regular los procedimientos procesales (flexibilización judicial del procedimiento).

Este criterio consiste en la necesidad de que exista una razón para que se implemente, en el caso concreto, una variación procedimental (finalidad) en la participación de las partes en la decisión flexibilizadora (contradictorio), siendo indispensable que se expongan las razones por las cuales la variación será útil para el proceso (motivación).

5.1. Finalidad

adecuación en virtud a los sujetos, pues a través de este instrumento no es posible garantizar una igualdad sustancial de las partes; c) la modificación no puede servir para determinar el apartamiento de la preclusión ya verificada: dicha regla, además de eliminar la lógica del sistema y beneficiar a la evidente parte desidiosa, proporcionaría un retraso en el curso del proceso; d) el establecimiento de una secuencia procesal, en principio rígida, que ofrezca un mínimo de certeza a los litigantes: la necesidad de seguridad y el acceso a la justicia en sí mismo, imponen que se garantice un conocimiento efectivo y previo de todo el procedimiento que se seguirá; y e) respeto a los demás principios fundamentales del proceso: como el contradictorio, de amplia defensa (no puede haber restricción en los artículos previstos en la ley), dispositivo, de la economía procesal (la fijación no puede contemplar actos inútiles, siendo ilegal lo así previsto) y de la fundamentación (sin el cual la parte no podrá controlar la pertinencia de la flexibilización) (BRITO, 1997: 64-65). Según Carlos FERREIRA, “el establecimiento del principio de indisponibilidad de las formas procesales, sin limitaciones, merece algunas cuestiones. Se entiende que ciertos principios básicos del proceso patrocinado por el Estado, como la igualdad de las partes, la imparcialidad y dignidad del tribunal no pueden, en ningún caso, ser ignorados por las partes. Esta idea también se aplica a los poderes de adaptación del juez” (FERREIRA, 1990: 215).

La primera condición para la variación del procedimiento es la finalidad. Como regla general, los procedimientos seguirán el esquema formal diseñado por el legislador, lo que indiscutiblemente garantiza seguridad y previsibilidad. Sin embargo, de manera excepcional, apenas se permitirá la flexibilidad.

En ese sentido, solo en tres situaciones muy específicas se permitirá la variación.

La primera de ellas, y la más común, vinculada al derecho material, se da cuando el instrumento preestablecido por el sistema no fuese el más idóneo para una tutela eficaz del derecho reclamado, en cuyo caso es posible la variación del procedimiento. Es lo que ocurre con la ampliación de los plazos estrictamente establecidos por la ley para garantizar la defensa (art. 139, VI, del CPC de 2015); con la ampliación de la fungibilidad de los medios a favor de la tutela de los derechos, inclusive cuando se recibe un recurso por otro (art. 1.024, § 3, del CPC de 2015); con la combinación de las tramitaciones procesales previstas en la ley, adaptando el procedimiento común para que en su interior, en lo que no fuese incompatible, se ajusten las etapas o técnicas procesales diferenciadas de los procedimientos especiales (art. 327, § 2 del CPC); etc.

La segunda está relacionada con la eficacia y la utilidad de los procedimientos, es decir, con la posibilidad de prescindir de algunos obstáculos formales irrelevantes para la composición del *iter*, que de todos modos alcanzará su objetivo sin perjudicar a las partes.

En efecto, el juez, en el caso concreto, debe verificar la idoneidad de la exigencia formal, desestimándola en caso no haya lógica en la imposición legal establecida por mero culto a la forma²⁵. Por ejemplo, esto ocurre con la inversión del orden de

²⁵ Cfr. BEDAQUE (2005: 423-425).

producción de las pruebas (artículos 139, VI y 469, *encabezado*, CPC de 2015). La preferencia de la prueba pericial a la toma de la prueba oral, además de generar la realización de una onerosa pericia para la apreciación del daño en un momento anterior a la comprobación del propio deber de indemnizar, no se justifica desde el punto de vista de la finalidad, ya que no hay una razón lógica para esta preferencia. Escuchar al perito, en la misma audiencia donde se oye a las partes y a los testigos, es una tecnocracia incompatible con la posibilidad de que posteriormente se designe un nuevo acto para esta finalidad.

Finalmente, la tercera situación que autoriza la variación del procedimiento tiene relación con la condición de la parte. Nada impide al juez, con el fin de proteger a los desfavorecidos y equilibrar a los contendientes, a variar el procedimiento hacia la composición de una igualdad procesal y material de acuerdo con los valores constitucionales²⁶. Es lo que ocurre con la superación de reglas rígidas de preclusión a favor de los necesitados cuya defensa técnica y gratuita no sea la adecuada.

5.2. Contradictorio útil

La segunda limitación a la conducción activa del procedimiento por parte del juez (flexibilización procedimental), es el respeto al principio del contradictorio.

El contradictorio es un principio que puede analizarse en sus componentes. En su faceta formal, se dice que solo se materializa si las partes y terceros interesados tienen la oportunidad de *conocer y participar* en el curso del proceso. En su faceta material, hay contradictorio solo si la participación de las partes/terceros fuera capaz de *influir* en la decisión emitida²⁷.

²⁶ Cfr. GRECO (2005: 74-78).

²⁷ Cfr. TARZIA (1977: 357-359); TROCKER (1974: 370); MARINONI (2002: 74-78).

Una perspectiva del contradictorio no coexiste sin la otra. Nadie influye en una decisión sin conocer y participar en el proceso de su elaboración. Asimismo, la mera participación resulta insuficiente si no ofrece una efectiva y real posibilidad de actuar sobre el convencimiento del órgano jurisdiccional, es decir, sin que el contradictorio sea útil.

Pero para que la parte pueda *participar-influyendo*, es necesario que tenga conocimiento y sea comunicada, por la ley o por el juez, sobre el curso del proceso, pero con mayor precisión sobre los actos procesales que se practicarán. El juez participa en el contradictorio del proceso a través del diálogo con las partes, siendo su deber promover el debate cuando pretenda innovar en el proceso, cuando pretenda emitir alguna providencia fuera del patrón legal, o cuando va a adoptar oficiosamente una solución hasta entonces no prevista por los litigantes o expresada en la ley²⁸. Esto se deriva del art. 9, *encabezado* y el art. 10 del CPC de 2015²⁹, así como también, de una lectura más amplia, del principio de cooperación (CPC de 2015, art. 6), por el cual todos los sujetos del proceso (en general, partes y el juez) convergen esfuerzos a favor de una *decisión de mérito* (más) *justa y efectiva*.

Dentro de esos parámetros, el principio del contradictorio no se limita a la comunicación bilateral de los actos del proceso y en la posibilidad de influir en las decisiones judiciales, sino que también depende de la participación de las partes en la formación de los procedimientos y de las disposiciones judiciales³⁰.

²⁸ DINAMARCO (2000: 124-135 especialmente p. 135). Cfr. también GRINOVER (1990: 17-25, 31-32 y 34-37).

²⁹ Cfr., por todos, ZUFELATO (2019).

³⁰ OLIVEIRA (1999: 16). Según el autor, para que se atienda al contradictorio, “insta a que cada una de las partes conozca las razones y argumentos presentados por la otra, así como los motivos y fundamentos que llevarán al órgano judicial a tomar una determinada decisión, posibilitando su manifestación al respecto en un tiempo adecuado (ya sea a través de requerimientos, recursos, contradicciones, etc.). Así también, se muestra como

Se tiene, entonces, un trinomio: *conocimiento-participación-influencia*. Sin esto el principio del contradictorio no opera en su totalidad.

En el proceso civil moderno, no hay espacio para la investigación solo del órgano judicial como un verdadero monólogo, pues “el diálogo recomendado por el método dialéctico, expande el marco de análisis, restringe la comparación, mitiga el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de un juicio más abierto y ponderado”³¹, contribuyendo con esto a una adecuada tutela del derecho material.

Las partes no pueden ser tomadas por sorpresa, pues ello implicaría la infracción al principio del contradictorio, así una eventual variación del procedimiento no prevista en el *iter* legalmente establecido depende de la plena participación de ellas, incluso para que las etapas del procedimiento sean previsibles³².

Y esto solo será posible si el juez, antes de la variación de la rígida regla legal, brinda a las partes una efectiva oportunidad para que se manifiesten sobre la conveniencia de la innovación, pues así no estén de acuerdo con la flexibilización del procedimiento, la participación efectiva de los litigantes en la formación de esta decisión, es suficiente para que se resguarde la

esencial la apertura a cada una de las partes de la posibilidad de participar del juicio de hecho, tanto en la indicación de la prueba como en su formación, siendo este último un factor importante incluso cuando el órgano judicial de oficio así lo dispone. Lo mismo se dice en relación a la formación del juicio de derecho, pues a pesar que el poder de oficio deriva del órgano judicial o por imposición de la regla *iura novit curia*, la parte no puede ser sorprendida con un nuevo enfoque jurídico de carácter esencial considerado como fundamento de la decisión, sin que previamente se haya oído el contradictorio”.

³¹ Cfr. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, quien aún señala la necesidad de eliminar la concepción primitiva de que el contradictorio solo recae sobre la prueba (1999: 13).

³² Cfr. SILVA (2010: 133). Cfr. también, MARINONI (2002: 254).

integridad del proceso, incluso valiéndose de recursos que reparen eventuales desigualdades³³.

Evidentemente, la necesidad del contradictorio para las innovaciones procedimentales es una exigencia que solo es coherente con el espíritu dialéctico del proceso si la participación de la parte en la formación del procedimiento adaptado fuese útil, es decir, capaz de garantizar una ventaja. Si la variación del procedimiento fuese beneficiosa (v. g., ampliando el plazo para la manifestación o para reabrir la oportunidad de presentar pruebas), la participación de la parte beneficiada (no la parte perjudicada) puede verse restringida de manera excepcional y lícita, ya que acabaría siendo una simple participación por participar, lo que además de retrasar la prestación jurisdiccional, iría en contra, como ya hemos visto, del aspecto material del contradictorio, específicamente con la capacidad de influir en la decisión. Lo mismo ocurre con la renuncia de la notificación de las partes para la práctica de un acto procesal o comparecencia en la audiencia, cuando exista un negocio jurídico acerca de la flexibilización procedimental, relativa al calendario procesal, *ex vi* art. 191, § 2, del CPC³⁴. De ahí que, como ya se advertía,

³³ En este sentido, agrega Artur STAMFORDS que una vez que se promueve la participación de las partes, se legitima la decisión no tanto por su justificación, como lo establece el derecho procesal, sino por la formación de un clima social que institucionaliza el reconocimiento de la opción en virtud de la participación en su adopción (STAMFORDS, 1998: 55). También Niklas LUHMANN señala que la discusión es un mecanismo de legitimación ya que “la función legitimadora del procedimiento no es producir consenso entre las partes, sino convertir decepciones inevitables y probables en decepciones difusas: a pesar del descontento, las partes aceptan la decisión” (LUHMANN, 1980: 4 y 64-68).

³⁴ “[...] Esta hipótesis no se opone al contradictorio ni genera sorpresas a las partes, porque en realidad existe conocimiento del acto en el momento en que se define el calendario, de modo que prescindir de una nueva notificación no compromete el *contradictorio útil* requerido para la validez de los actos procesales” (ZUFELATO, 2019: 289).

excepcionalmente, habrá la posibilidad de flexibilizar el procedimiento incluso antes de oír a las partes³⁵.

Por lo tanto, en el ámbito de la flexibilización de los procedimientos (legal o judicial), será adecuada la inversión del orden, la introducción o exclusión de actos procesales previstos de manera abstracta, la ampliación de los plazos rígidamente establecidos, la combinación de técnicas procesales de los procedimientos especiales con el procedimiento común, u otra medida que se aleje del patrón legal, que sea indispensable para la realización del contradictorio preventivo³⁶, siempre que sea útil para los fines deseados por la variación del procedimiento.

5.3. Motivación

En definitiva, el último requisito para la implementación de las variaciones del procedimiento es la necesidad de fundamentar la decisión que altera al *iter* legal, lo cual es consistente con la disposición constitucional (art. 93, IX, de la CF de 1988) consistente en la exigencia de motivación aplicable a toda y cualquier decisión judicial.

Se trata de una imposición de orden político que afecta con mayor medida al control de los desvíos y excesos cometidos por los órganos jurisdiccionales inferiores en la conducción del

³⁵ Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el magistrado, para hacer posible la conciliación antes de la presentación de la respuesta del demandado, ordena citarlo para que comparezca a la audiencia de conciliación, desde la cual se iniciará un periodo, sea infructífero o se llegue a un acuerdo, para ofrecer su contestación. Se observa que la variación del procedimiento ordenada se realizará sin oír a las partes, ya que para el demandante la providencia no le causa perjuicio alguno, y menos aún para el demandado, pues el plazo para responder la demanda será ampliado. Aquí tenemos un ejemplo del contradictorio inútil, el cual es posible que pueda prescindirse.

³⁶ De acuerdo con Antonio CARRATA, la expresión “contradictorio preventivo” debe ser entendida como “un principio general que obliga al juez a anteponer la preventiva discusión entre las partes sobre el ejercicio de sus poderes de oficio” (2001: 73-103 y 100-101).

proceso, propiamente a la previsibilidad o a la seguridad del sistema³⁷. Es en el análisis de la fundamentación donde se aprecia, en concreto, la imparcialidad del juez, la corrección y justicia de los propios procedimientos y decisiones dictadas.

6. La combinación de los procedimientos procesales en el CPC de 2015

La regla general del sistema procesal civil brasileño es que la parte puede acumular varios pedidos en un mismo proceso, aunque no haya una conexión entre ellos. Se trata de una regulación importante, basada en el principio de la economía procesal, que evita la proliferación de procesos cuando diversas demandas pueden ser resueltas en uno solo.

Sin embargo, para admitir la acumulación, es decir, que los pedidos sean tramitados en un mismo proceso, el art. 327, *encabezado* y § 1 del CPC, exige, incluso por un imperativo de orden lógico, que:

- a) Los pedidos acumulados sean formulados contra el mismo demandando (identidad de las partes);
- b) El juez sea (absolutamente) competente para conocer todos los pedidos acumulados –bajo pena de que se encuentre viciado el pronunciamiento judicial sobre los pedidos de las cuales no le correspondía–, que, por disposición legal/constitucional de orden público, haya sido decidido;

³⁷ Desde la teoría general del derecho, se observa a la fundamentación como un factor de legitimación del sistema jurídico, de la propia actuación del magistrado como agente del poder político, o como un método de domesticación del poder (cfr. CAYMNI, 2004: 115-133). La abogada Maria Cristina da Silva CARMINGNANI, si bien aprueba la posibilidad de la flexibilización judicial del derecho a través de la adaptación de las decisiones a los casos concretos, enfatiza que el mandato de adaptación siempre debe fundamentarse y nunca estar completamente divorciado de los principios que rigen el sistema, lo que de ese modo aleja el riesgo de arbitrariedades (CARMINGNANI, 2005: 262-263).

- c) Los pedidos acumulados sean compatibles entre sí, no se admite la acumulación cuando la concesión de uno de los pedidos acumulados excluye automáticamente la posibilidad de la concesión de otro (por ejemplo, el pedido de reducción del valor de la cosa adquirida con vicio acumulado con el pedido de rescisión del propio contrato de compraventa), excepto la admisión de la acumulación impropia para estos casos, en los que se pretende obtener, apenas, uno u otro de los pedidos considerados incompatibles; y
- d) El trámite procesal sea idéntico a la tramitación de los pedidos acumulados y, en caso sean diferentes, que sean acumulados mediante el procedimiento procesal estándar (común) que, por ser más amplio, en general, sostiene las vicisitudes de los procedimientos especiales.

La cuarta condición antes referida, a pesar de ser bastante coherente con el propósito de garantizar la previsibilidad del procedimiento (ya que impone el uso del procedimiento común cuando parte de los pedidos autoriza/impone el manejo de un procedimiento especial), trae consigo un efecto colateral para las partes del proceso, pues impide, tanto al demandante como al demandado, el empleo de técnicas procesales que, si los procesos hubieran sido tramitados en procesos autónomos mediante el procedimiento especial, serían utilizadas a su favor/desventaja.

Por ejemplo, en aquellos pedidos acumulados sobre alimentos, custodia y visitas de los niños, en virtud de la demanda no podría seguir el procedimiento especial según la ley de alimentos (Ley 5,478/68), ya que los pedidos sobre custodia y visitas siguen un proceso especial diferente al de las acciones de familia (art. 693 y ss. del CPC). Así, siguiendo la regla general del art. 327, § 1, del CPC, el proceso con los pedidos acumulados antes referidos, se canalizaría mediante un proceso común, lo que evitaría el uso de técnicas procedimentales diferenciadas de los

dos procedimientos especiales mencionados anteriormente, es decir, la concesión de tutela alimenticia de evidencia a favor de los niños (art. 4 de la Ley 5.478/68), o la participación del equipo multidisciplinario en los casos donde la acción tuviera como fundamento el abuso o alienación parental, según lo exige el art. 699 del CPC.

En otras palabras, el proceso común impuesto para la admisión de la acumulación de los pedidos con diferentes procedimientos procesales terminaría por perjudicar a las propias partes del proceso, quienes podrían valerse de reglas procedimentales propias del proceso especial que, a su vez, fueron concebidas a la luz de las particularidades de las partes o del derecho material en discusión³⁸.

6.1. La flexibilización procedimental genérica del artículo 327, § 2º, in fine, del CPC, como antídoto a la ordinización de los procedimientos con pedidos acumulados

El CPC de 2015 pretende delimitar el efecto colateral del uso estándar del procedimiento común en los casos sobre pedidos acumulados que seguirían diferentes procedimientos, al establecer en el art. 327 §2 que, cuando en cada pedido corresponda un tipo diferente de procedimiento, se admitirá la acumulación si el demandante utiliza el procedimiento común, *sin perjuicio del empleo de las técnicas procesales diferenciadas previstas en los procedimientos especiales a los que uno o más pedidos acumulados están sujetos, siempre que no fuesen incompatibles con las disposiciones sobre el procedimiento común.*

³⁸ GAJARDONI; DELLORE; ROQUE; OLIVEIRA (2019: 864/865). Cfr., también, MARCATO (2016: 73).

No es que haya algo nuevo en esto, porque incluso antes del art. 327 § 2, del CPC, la doctrina³⁹ y la jurisprudencia ya toleraban, en razón a la flexibilización judicial del procedimiento, el poder del juez para insertar técnicas de los procesos especiales en el interior del proceso común.

En el ejemplo anterior, aunque no existe una disposición legal específica, se admitió en el interior del proceso –de procedimiento común, y con acumulación de pedidos de alimentos, custodia y visita de los niños (art. 327, § 2, 1ª parte, del CPC)–, la concesión de la tutela liminar de evidencia según el art. 4 de la Ley 5.478/68, ya que, evidentemente, es compatible con el procedimiento común.

En realidad, lo que el CPC de 2015 hace es consolidar, ahora en la ley, el entendimiento de que el procedimiento común, tradicionalmente rígido e inflexible, supone modulaciones en su estructura a partir de la posibilidad de insertar *técnicas procedimentales diferenciadas*, propias de los procesos especiales, los que, en general, guían el trámite judicial de ciertas pretensiones que no encontrarían el tratamiento adecuado dentro de los parámetros del procedimiento común, establecido como el estándar⁴⁰

En adelante, se tolera de manera expresa, la combinación del procedimiento estándar (común) con los procedimientos especiales, siendo en este aspecto, una verdadera admisión del

³⁹ “El juez, delante de las particularidades propias del caso, es el mejor árbitro del procedimiento a seguir, debiendo fijarlo a fin de adaptarlo al derecho material y a la situación específica de las partes litigantes. Mientras garantice el debido proceso constitucional a los contendientes y la previsibilidad de sus acciones, puede, excepcionalmente, manipular el procedimiento (...) en vista de eso, la experiencia diaria del foro ha recomendado que algunos modelos generalmente previstos por el legislador, en circunstancias muy específicas, sean reemplazados, total o parcialmente, por otros modelos procedimentales más aptos para la tutela del caso específico” (GAJARDONI, 2008: 201-202)

⁴⁰ CASTRO (2019).

modelo de la flexibilización legal genérica, que ya nos hemos referido, donde al juez le corresponderá, previa observancia de las condiciones señaladas en el ítem precedente (finalidad, contradictorio y motivación), elegir los actos del procedimiento especial que, siendo compatibles con el procedimiento común, pueden aplicarse para la tramitación y juzgamiento de uno o más pedidos acumulados (que, si son tramitados de manera autónoma, gozarían de un procedimiento especial y de sus técnicas diferenciadas).

Por otro lado, se mantiene un estándar procedimental –el del procedimiento común– donde el juez y las partes orientan la conducción del proceso, preservándose, de ese modo, la previsibilidad del proceso, a pesar de que se admita (y nuevamente, se resalta, observando las condiciones del ítem anteriormente indicado) la variación del procedimiento.

En rigor, en el supuesto donde se aplica la parte final del art. 327, § 2, del CPC de 2015, no existe el empleo del procedimiento común. El simple hecho de admitir que el juez introduzca etapas procedimentales y técnicas diferenciadas de los procedimientos especiales en el procedimiento común, ya lo desnaturaliza, volviendo al procedimiento utilizado en los casos de acumulación de pedidos que tengan procedimientos distintos, en especiales.

De hecho, la posibilidad de la especialización de los procedimientos comunes y de los propios procedimientos especiales por iniciativa de las partes y del juez, ya es un asunto del CPC brasileño a partir del artículo 139, VI (flexibilización del procedimiento por parte del juez) y el artículo 190 (flexibilización del procedimiento por las partes).

Lo que el legislador realmente quiso señalar en el art. 327, § 2 del CPC –al referirse sobre el uso del procedimiento común–, es que el procedimiento estándar será la base que se utilizará, con las variaciones que serán implementadas por el juez de acuerdo con las particularidades de la causa.

En consecuencia, se tiene la expresa autorización para que el juez, en los supuestos señalados en el art. 327, § 2, del CPC, flexibilice el procedimiento a través de la combinación de procedimientos o técnicas procesales.

6.2. Limitaciones a la combinación de las tramitaciones procesales

Por otro lado, en la práctica, la aplicación del art. 327, § 2, del CPC no siempre será posible.

Por cuestiones relacionadas con la compatibilidad del procedimiento o el orden público, una parte tendrá que valerse del procedimiento común, tal como está diseñado en el sistema, para acumular pedidos (sin la posibilidad de aplicar cualquier técnica del procedimiento especial); o separar los pedidos que pretendía acumular para que, luego, se formulen en diferentes procesos, cada uno siguiendo su procedimiento establecido de manera abstracta por la ley (común y especial).

La primera limitación deriva del propio art. 327, § 2, *in fine*, del CPC, que solo autoriza la aplicación de las técnicas procesales diferenciadas si no fuesen incompatibles con el procedimiento común. Hay etapas procedimentales de los procesos especiales que no tienen lugar en un procedimiento común y, por eso, no pueden ser introducidas en él.

Por ejemplo, no se puede admitir que en una acción de obligación de hacer contra el poder público, donde se acumulan pedidos de cese de la ilegalidad/arbitrariedad cometida (comprobada documentalmente) y de indemnización por pérdidas y daños, se introduzcan etapas del procedimiento especial de mandato de seguridad (Ley 12.016/2009), como el pedido de informaciones a la autoridad superior* (que ni siquiera es parte de

* [N. de T.]: En el texto original se hace referencia a “*autoridade coatora*”, que debe entenderse como aquella autoridad que practica u ordena de manera

la demanda) o la participación del Ministerio Público (art. 12 de la Ley 12.016/2009). En estos casos, la parte o demanda por separado el pedido de cese de la ilegalidad mediante la vía del mandado de seguridad (procedimiento especial) y el pedido de pérdidas y daños mediante el procedimiento común; o admite que al demandar ambos mediante el procedimiento común (pedido de cese de la ilegalidad y fijación de una indemnización por pérdidas y daños), según la forma establecida en el art. 327, § 2, 1ª parte, del CPC, ninguna técnica especial del mandado de seguridad podrá aplicarse al caso, ya que es incompatible con el procedimiento común.

La segunda limitación tiene que ver con la cuestión de la indisponibilidad del procedimiento especial.

De hecho, la regla general del sistema brasileño es que los procedimientos especiales sean fungibles, es decir, renunciables a favor del procedimiento común que, por ser más amplio, sostiene las particularidades de los procedimientos especiales. Esta es la razón por la cual, incluso, el art. 327, § 2, 1ª parte del CPC, admite la acumulación de pedidos que pueden ser tramitados mediante procedimientos distintos al procedimiento común.

Sin embargo, hay ciertos pedidos que, si no se tramitan en la forma de los procedimientos especialmente diseñados para su tutela, no son amparados judicialmente, ya que la aplicación del procedimiento común impide la propia protección del derecho en discusión. A ellos se les denominan procedimientos especiales infungibles, entre ellos la división/demarcación de tierras (art. 659 y ss. CPC), inventario y partición (art. 610 y ss. CPC) y, entre otros, quiebra/recuperación judicial (Ley 11.101/2005). Las pretensiones allí previstas solo son reclamables y tutelables mediante el procedimiento especial, simplemente porque el

concreta y específica la ejecución o inejecución de un acto impugnado, siendo, además, aquella que detenta, en el orden jerárquico, el poder de decisión.

procedimiento común no posee determinadas etapas fundamentales para la comprensión y juzgamiento del pedido tal y como fue formulado.

Para esta clase de procedimientos infungibles, no es posible admitir la formulación de pedidos mediante el procedimiento común. Y, mucho menos que, acumulados con otros pedidos procesables mediante el procedimiento común, ambos pasen a seguir dicho procedimiento, en la forma establecida en el art. 327, § 2, 1ª parte, del CPC de 2015, ya que no es posible aplicar, de acuerdo con el procedimiento común (insuficiencia de tutela del derecho), técnicas procesales diferenciadas.

No es posible, por lo tanto, que la acción de cobranza contra los sucesores del fallecido por acto practicado por este, sea acumulada en el procedimiento común, junto con el pedido de apertura de inventario. No hay espacio, incluso en el procedimiento común de la pretensión de cobranza, para la introducción de etapas procedimentales esenciales del inventario, como el levantamiento de los bienes del fallecido, el nombramiento del inventariante, la recepción de pedidos de herencia o de pagos, división y partición de los bienes.

También, no es posible que se promueva, simultáneamente y a través del procedimiento común, el pedido de ejecución y de decretación de la quiebra del empresario, ya que la ejecución colectiva contra el deudor se basa en premisas procedimentales no introducidas en el procedimiento común (nombramiento del administrador, levantamiento del patrimonio del deudor, recepción de los créditos de terceros, etc.).

Finalmente, la aplicación de las técnicas procesales diferenciadas del procedimiento especial también puede prohibirse por una opción político-legislativa; es decir, cuando el propio derecho es reconocido en razón de la idoneidad del procedimiento especial.

La legislación procesal brasileña, por ejemplo, permite la concesión de tutela de la evidencia (art. 562 del CPC) en las acciones posesorias tramitadas en el procedimiento especial, admitidas en los supuestos donde el desalojo o la perturbación tuvieron lugar dentro del año y día de la proposición de la acción (art. 558 del CPC). Sin embargo, si el pedido de protección posesoria se acumula a la controversia sobre la rescisión del contrato (que justificaría la posesión del demandado), tendríamos un conflicto de procedimientos, ya que la acción de rescisión del contrato no se ejecutaría en el procedimiento especial (siguiendo el procedimiento común), mientras que la acción posesión por fuerza nueva seguiría el procedimiento especial ya referido.

En estos casos, el derecho brasileño siempre ha tenido la tradición de admitir la acumulación entre rescisión del contrato y reintegración de la posesión, mediante la tramitación en el procedimiento común. Sin embargo, el demandante no tendrá la posibilidad de obtener la tutela de evidencia según el art. 562 del CPC, ya que el derecho a ella se deriva del pedido de protección posesoria cuyo desalojo o perturbación haya ocurrido dentro del año y día, algo que no puede afirmarse en la acción del procedimiento común con pedidos acumulados, mientras no fuese reconocida la rescisión del contrato que sostiene la posesión del polo pasivo.

Para estas situaciones, el polo activo puede obtener tutela provisional para que, antes de que se rescinda el contrato, se garantice la posesión del área. Sin embargo, el fundamento para dicha concesión no será precisamente el art. 562 del CPC (técnica procesal diferenciada del procedimiento especial de las posesiones puras), sino los artículos 300 y 311 del CPC (que tratan, en general, de la tutela provisional para todas las demás acciones).

Finalmente, es un análisis caso por caso la posibilidad de introducir etapas o técnicas de los procedimientos especiales en el

procedimiento común. Es por esto que la regla del art. 327, § 2, 2ª parte del CPC, se introduce dentro del modelo de la flexibilización legal genérica del procedimiento, siendo el juez, incluso si es a petición de las partes, responsable de analizar la idoneidad de la combinación de los procedimientos.

6.3. Supuestos prácticos de combinación de los procedimientos a la luz de la técnica del artículo 327, § 2º del CPC

La riqueza de la práctica no permite vislumbrar, de plano y en los casos donde hubiera la acumulación de pedidos, todos los supuestos donde será posible la combinación de técnicas procesales diferenciadas de los procedimientos especiales en el procedimiento común.

Pero se pueden dar algunos ejemplos, para ilustrar la importancia y utilidad de la disposición, por el bien de la premisa de este estudio: que es el deber del juez adaptar los procedimientos a las particularidades de la causa, extrayendo los mejores resultados de ellos.

Si la parte opta por la acumulación, mediante el procedimiento común, de pedidos de revisión del contrato (procedimiento común) con la consignación de pago (procedimiento especial, según el art. 539 del CPC), será posible autorizar la consignación en el juicio de las cantidades consideradas como debidas, a pesar de que no estén relacionadas con los términos del contrato, mediante la concesión de la tutela provisional. En este caso, las técnicas especiales, según los artículos 545 y §§ del CPC, se aplican al procedimiento común, con la posibilidad de que el acreedor/demandado cobre los valores no controvertidos, así como reclame el pago de los valores que considere debidos, independientemente de la reconvencción.

Del mismo modo –y a la luz del ejemplo utilizado en más de una ocasión en este texto–, una vez acumulados los pedidos de

alimentos con la custodia y las visitas de los niños, el procedimiento común se impone en razón del art. 327, § 2 del CPC, ya que el primer pedido tiene un procedimiento especial establecido en la Ley 5.478/68, y el segundo un procedimiento especial regulado en el art. 659 y ss., del CPC (acciones de familia). Nada impide que se admita, incluso en el procedimiento común aplicado, la concesión de la tutela de evidencia alimentaria a favor del alimentado (art. 4 de la Ley 5.478 / 68), así como también, la supresión de la entrega de la copia de la notificación del inicio de la acción en el momento de la citación del demandado (art. 695, § 1, del CPC), la realización de la audiencia de mediación según el art. 695 del CPC, o la asistencia de un equipo multidisciplinario en los casos de abuso o alienación parental (art. 699 del CPC)⁴¹. Todas estas son técnicas compatibles con el procedimiento común y que, en conjunto, conducen a la creación de un cuarto tipo de procedimiento, distinto al procedimiento común puro del art. 318 y ss., del CPC, al procedimiento especial de la ley de alimentos (Ley 5.478/68), y al procedimiento especial de las acciones de familia según el CPC (art. 693 y ss).

Así también, sería posible que se compatibilice el manejo, a través del procedimiento común, de los pedidos acumulados de revisión de contratos (originalmente en el procedimiento común), con el pedido de cuentas (que, como regla, se sigue en el procedimiento especial según el art. 550 del CPC). Aunque la jurisprudencia que se formó antes del CPC de 2015, negaba dicha posibilidad, admitiendo la acumulación en razón del art. 327, § 2º del CPC, “el procedimiento común se adaptaría para abarcar las especificidades de la acción de exigir cuentas, lo que resultaría en un procedimiento trifásico, sin ninguna previsión legal, en el cual la primera fase estaría destinada a revisar el contrato; la segunda, a determinar si el demandado tiene o no el deber de rendir

⁴¹ CALMON (2017: 80).

cuentas; y la tercera, a fin de juzgar las cuentas rendidas según los parámetros establecidos en la primera fase”⁴².

Finalmente, sería posible acumular, en el procedimiento común, el pedido de indemnización por daño material, fundado en una prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, con el pedido de indemnización por daño moral, que se demostrará mediante prueba oral, a través de la aplicación de la técnica monitoria (según el art. 700 del CPC). En este caso, el juez emite, en virtud de la verosimilitud de la prueba escrita, una orden de pago al deudor (art. 701 del CPC) respecto del primer pedido (daño material), y determina la citación del demandado para que responda sobre el otro pedido (daño moral). Si el deudor contesta los pedidos de la demanda, se prosigue con el procedimiento común, con una amplia posibilidad de producir pruebas. Sin embargo, si el deudor contesta solo el pedido de daño moral, sin impugnar el daño material (para lo cual utiliza la técnica de monitoria), la orden de pago se convertirá en un título ejecutivo judicial, dividiéndose los momentos de la toma de decisión del proceso, algo que no encuentra problema alguno en la práctica forense, incluso en virtud de la admisión de juicios parciales de mérito según el art. 356 CPC⁴³.

7. Conclusión

En el ámbito del procedimiento, existe un margen considerable para la conducción activa del procedimiento por parte del juez, ya que así lo reconoce el CPC brasileño de 2015, además de los supuestos para la flexibilización legal (genérica y alternativa) del procedimiento por parte del juez –incluso con la posibilidad de combinar los procedimientos procesales (art. 327, § 2, del CPC)–, así como también un cierto poder inventivo del

⁴² CASTRO (2019).

⁴³ *Ibidem*.

magistrado en la elección y modificación de los procedimientos procesales (flexibilización judicial).

De ese modo, se reconoce al juez un papel importante en la conducción activa de los procedimientos, elegidos de acuerdo con las particularidades de la causa, sin privar a las partes (art. 190 del CPC) de un poder similar (si no en mayor medida).

Es evidente que existen límites y reglas para el manejo de los poderes de flexibilización y conducción activa del procedimiento por parte del juez, pues al representar el resquebrajamiento de los modelos legales de los procedimientos, existe el riesgo de que las partes sean sorprendidas por una tramitación que infrinja la previsibilidad y la seguridad jurídica.

En ese sentido, el gran desafío para los procesalistas brasileños al admitir la conducción activa de los procedimientos procesales por parte del juez en Brasil, es definir cuáles son los límites y en qué medida los jueces tienen este deber/poder genérico de evaluar los procedimientos en razón a las particularidades de la causa, especialmente en el supuesto establecido en el art. 327, § 2 del CPC, que literalmente regula la admisión de un poder legal genérico de flexibilización del procedimiento al introducir, en el procedimiento común, etapas/técnicas diferenciadas de los procedimientos especiales.

Referencias

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende

2015 *Da contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil brasileiro*. São Paulo: LTr.

ARANTES, Rogério Bastos y SADEK, Maria Teresa

1994 "A crise do Judiciário e a visão dos juízes". En *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos

2001 *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

2005 *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese para professor titular. Faculdade de Direito da USP. São Paulo.

BERALDO, Maria Carolina

2019 *Processo e procedimento à luz da CF/1988 – normas processuais e procedimentais civis*. Belo Horizonte: De Plácido.

BRAGA, Paula Sarno

2015 *Norma de processo e norma de procedimento: o problema de repartição de competência legislativa no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm.

BRITO, Pedro Madeira de

1997 “O novo princípio da adequação formal”. En SOUZA, Miguel Teixeira (Coord.) *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex.

CABRAL, Antonio do Passso

2016 *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier

2019 *Dos limites da liberdade processual*. São Paulo: Foco.

CALAMANDREI, Piero

1999 *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*, trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: BookSeller, v. 1.

CALMON, Rafael

2017 *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*. São Paulo: Saraiva.

CARMINGNANI, Maria Cristina da Silva

2005 “O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça”. En *Revista do IASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, jul./dez.

CARRATA, Antonio

2001 “Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório”. En *Rivista de Diritto Processuale*. Padova, ano 56, n. 1.

CASTRO, Matheus José Chiaramonte de

2019 A cumulação de pedidos com ritos distintos no procedimento comum: análise do art. 327, § 2º, do CPC. *Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, sob a orientação do Professor Fernando da Fonseca Gajardoni, para colação no grau de bacharel em Direito*. Ribeirão Preto.

CATHARINO, José Martins

1977 “Princípios do direito processual do trabalho”. En FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 61.

CAYMNI, Pedro Leonardo Summers

2004 “O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico”. En *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 17, p. 115-133.

COMOGLIO, Luigi Paolo

1979 “Direzione del processo e responsabilità del giudice”. En *Studi in Onore di Enrico Tulio Liebman*. Milano: Giuffrè, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel

1996 *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed.

2000 “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. En *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, v. 1.

FERREIRA, Carlos

1990 “Os poderes dos juízes e das partes”. En *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, n. 3.

FOUCAULT, Michel

1996 *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca

2006 “Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa”. En *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante* (coord. Fernando da Fonseca GAJARDONI e Márcio Henrique Mendes da SILVA). São Paulo: Método.

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

2010 “A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC”. En *Revista de Processo*, v. 186.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr. Zulmar Duarte de

2019 *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. 3ª ed. São Paulo: Método.

GRECO, Leonardo

2005 "O princípio do contraditório". En *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 24.

GRINOVER, Ada Pellegrini

2007 "Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais". En CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Coords.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm.

1990 "O conteúdo da garantia do contraditório". En *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense.

LACERDA, Galeno Velhinho de

1976 "O código como sistema legal de adequação do processo". En *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre.

LIEBMAN, Enrico Tullio

1985 *Manual de direito processual civil*, 2. ed., trad. y notas de Cândido Rangel DINAMARCO. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

LUHMANN, Niklas.

1980 *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. da UnB.

MARCATO, Antonio Carlos

2016 *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Gen-Atlas.

MARINONI, Luiz Guilherme

2002 *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.

2010 *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1.

NOGUEIRA, Pedro Henrique

2020 *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de

1999 "A garantia do contraditório". En *Revista Forense*, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun.

1999a "Efetividade do processo de conhecimento". En *Revista de Processo*, n. 96, out./dez.

2000 "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". En *Revista da Ajuris*, ano 30, n. 90.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de

2013 *Adaptabilidade judicial do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do

2004 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, v. 1.

ROBERTS, Sonia Maria Ferreira

2014 "O princípio da adaptabilidade e sua aplicação no processo do trabalho". En *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 5.

SILVA, Paulo Eduardo Alves

2010 *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva.

SOUZA, Wilson Alves de

1986 "Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes". En *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 50, n. 2.

STAMFORDS, Artur

1998 "As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmann". En *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 3, n. 7, jan./jun.

TARZIA, Giuseppe

1977 "La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile". En *Studi Parmensi*, v. 18.

TROCKER, Nicolò

1974 *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè.

ZUFELATO, Camilo

2019 *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: De Plácido.