

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Luiz Felipe Rossini

Flexibilização procedimental e efetividade do processo

São Paulo

2018

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Luiz Felipe Rossini

Flexibilização procedimental e efetividade do processo

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

São Paulo

2018

Luiz Felipe Rossini

Flexibilização procedimental e efetividade do processo

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Presidente: Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor - Orientador

Membro:

Membro:

São Paulo, 29 de março de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe, D. Fátima, tão incentivadora de meus estudos desde as primeiras palavras até os dias de hoje, e à memória de meu pai, Odair (1950-2013), que esteve ao meu lado desde o primeiro dia de minha vida até o último da vida dele.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Universidade Nove de Julho, pela oportunidade acadêmica e profissional, e todo seu corpo docente, direção e administração, que realizam este trabalho com tanto amor e dedicação, e que tanto me transformou nos últimos anos.

À minha esposa Adriana pela compreensão de sempre, inclusive nos finais de semana e feriados nos quais estive enclausurado e concentrado em meus estudos.

Ao meu filho Lucas pelo dom de me dar ânimo para sempre seguir em frente, me trazendo alegria mesmo nos momentos mais difíceis.

Ao meu grande amigo e mestre Dr. Alberto Gentil de Almeida Pedroso, por toda ajuda e incentivo desde o início.

*“O processo não vale tanto pelo que ele é,
mas fundamentalmente pelos resultados que
produz.”*

(José Roberto dos Santos Bedaque)

RESUMO

O presente trabalho aborda o fenômeno da flexibilização procedimental, técnica processual a qual permite que os atos e procedimentos sejam ajustados às peculiaridades da causa, proporcionando a entrega de uma tutela jurisdicional efetiva, pressuposto da garantia constitucional do acesso à justiça. Pretende-se estabelecer a ligação entre a flexibilização do procedimento e a visão constitucional do processo, bem como com a análise do processo como instrumento para realização do direito material. Para tanto, analisaremos a regra acerca da estabilização, e as flexibilizações admitidas em nosso sistema processual, seja de forma expressa ou implícita, na busca da prestação da tutela jurisdicional justa, célere e efetiva, valendo-se nesta pesquisa do método hipotético-dedutivo, e pesquisa preponderantemente bibliográfica.

Palavras-chave: flexibilização procedimental – efetividade – acesso à justiça – fato superveniente

ABSTRACT

The present dissertation addresses the phenomenon of procedural flexibility, procedural technique which allows the acts and procedures to be adjusted to the peculiarities of the cause, providing the provision of effective judicial guardianship, assumption of the guarantee Constitutional access to justice. This research aims to establish the link between the procedural flexibility and the constitutional model of the process, as well as the vision of the process as an instrument for the realization of material law. To do so, we will look at the rule about stabilization, and the flexibilities admitted in our procedural system, either express or implied, in the search for the provision of fair, swift and effective judicial protection, being used in this research of the hypothetico-deductive method, and predominantly bibliographical research.

Key words: procedural flexibility – effectiveness – acces to justice – supervening fact

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. O processo civil e a Constituição Federal.....	13
1.1 A garantia constitucional do acesso à justiça.....	17
1.2 Eficácia, efetividade e eficiência.....	25
1.2.1 Eficiência sob a ótica da Administração Pública.....	27
1.2.2 Eficiência do judiciário e efetividade da tutela jurisdicional.....	32
2. Estabilização da demanda nos sistemas rígidos e flexíveis.....	43
2.1 Estabilização objetiva e exceções.....	52
2.2.1 Matérias de ordem pública.....	53
2.2.2 Inovação em sede de apelação.....	54
2.2.3 Sentença homologatória de acordo.....	55
2.2.4 Fatos que o juiz entenda relevantes no momento da decisão.....	56
2.2.5 O tratamento das ações possessórias.....	59
2.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade.....	62
3. Flexibilização procedimental no Código de Processo Civil.....	65
3.1 A flexibilização e o trâmite legislativo do Código de Processo Civil.....	69
3.2 Limites à flexibilização defendida.....	73
3.3 Flexibilização e as normas fundamentais de processo civil.....	77
Conclusão.....	89
Referências.....	91

INTRODUÇÃO

Poucos temas têm sido objeto de tantos estudos pelos processualistas como a questão da efetividade da tutela jurisdicional.

O processo, visto como um método de trabalho estabelecido para a consecução do direito material, exige a prestação, ao seu final, de uma tutela útil e efetiva àquele que socorreu-se do Poder Judiciário, razão pela qual são buscados, constantemente, instrumentos que possam garantir a efetividade e utilidade das decisões, sem que isso implique em prejuízo à duração razoável do processo.

Tendo por base as garantias constitucionais de cunho processual, em especial o acesso à justiça e a busca pela efetividade da tutela, estabelece-se a seguinte problemática: seria a flexibilização procedimental uma importante ferramenta a ser utilizada para a garantia de tais direitos? Ela se coaduna com o nosso regramento processual atual, apesar da ausência de previsão expressa? Uma vez admitida a flexibilização quais seriam então os seus limites? Como chegar a um equilíbrio entre efetividade e segurança jurídica?

Para tanto, partindo de uma visão do processo sob a ótica das garantias previstas constitucionalmente, faz-se necessária uma releitura do sistema processual.

Inicialmente, verifica-se que a garantia do acesso à justiça, prevista na Constituição Federal, bem como no Pacto de San José, é instrumento essencial para a proteção de todo e qualquer direito.

Tal garantia traz para seus destinatários não somente a possibilidade de socorrer-se do Poder Judiciário, mas sim a obtenção de uma tutela justa, célere e efetiva ao final do processo.

Dessa forma, precisamos fazer uma (re)análise dos procedimentos judiciais sempre visando a efetividade da tutela, pressuposto para observância do direito do acesso à justiça.

A partir de uma análise teórica inicial é possível investigar a hipótese, em resposta à problemática estabelecida, de que é possível, e, até mais do que possível, é desejável, a adequação do procedimento à causa, a fim de que a tutela concedida seja capaz de atender à principal finalidade de qualquer processo: a pacificação do conflito.

Trataremos da possibilidade de flexibilização, bem como dos limites a ela impostos, a partir do estudo das normas gerais do processo civil e das garantias constitucionais de cunho processual, inserindo dessa forma a flexibilização dentro de nossa atual sistemática processual-constitucional.

Assim, objetiva-se demonstrar a necessidade de flexibilização dos procedimentos, dentro dos limites fixados pelo sistema processual, para a prestação de uma tutela justa e efetiva, de acordo com a situação fática existente ao tempo de sua concessão.

No primeiro capítulo trataremos do processo civil analisado sob o viés constitucional, do conteúdo da garantia do acesso à justiça, e do conceito de efetividade, traçando ainda um paralelo entre a auferição da eficiência na Administração Pública e no Poder Judiciário, com análise das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça para um judiciário eficiente.

Na sequência será estudada a regra de estabilização dos elementos da Ação e as exceções existentes dentro do próprio ordenamento processual, nas quais admite-se uma maior elasticidade no que diz respeito a tais elementos, em especial o pedido e a causa de pedir, sempre com vistas à efetividade.

Por fim, no terceiro capítulo trataremos da flexibilização procedimental propriamente dita, com abordagem do trâmite legislativo do atual Código de Processo Civil, desde o primeiro anteprojeto, até a versão final aprovada.

Veremos também a possibilidade da flexibilização procedimental na aplicação das normas fundamentais do processo civil e dos princípios processuais.

Justifica-se a presente pesquisa em razão da relevância do problema de sobrecarga do judiciário e da morosidade do trâmite processual, que traz como consequência a prestação de uma tutela que, em razão do tempo transcorrido, já não é de utilidade alguma àquele que dela necessitava.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, em especial de estudos jurídicos, doutrinas, bem como, normas constitucionais, infraconstitucionais e de direito internacional. Sob uma abordagem preponderantemente hipotética-dedutiva acerca do tema, aderindo à visão de Fernando da Fonseca Gajardoni, Rodolfo de Camargo Mancuso e José Roberto dos Santos Bedaque do processo como instrumento para efetivação de direitos e da flexibilização procedimental como importante ferramenta para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

1. O processo civil e a Constituição Federal

Muito se fala, atualmente, em um modelo constitucional de processo civil, segundo o qual na interpretação e aplicação das normas processuais devem ser observados, e necessariamente empregados, os princípios e garantias de natureza constitucional (COUTO; MEYER-PLUG, 2012, p. 3; SCARPINELLA BUENO, 2008, p. 2; DINAMARCO, 2013, p. 182/188, 193/198).

Direitos e garantias de cunho processual previstos na Constituição Federal devem servir de diretriz obrigatória, tanto pelo legislados processual, como pelos aplicadores do direito.

Embora largamente utilizado, faz-se aqui uma primeira crítica ao termo “modelo constitucional de processo”, pois a Constituição Federal traz em seu bojo garantias de cunho processual, as quais entretanto não chegam a estabelecer um “modelo” propriamente dito. Ao contrário, para aplicação efetiva de tais garantias é que defendemos uma flexibilização, que se traduz exatamente em uma ausência de um modelo rígido pré-concebido.

Dinamarco (2013, p. 183) acentua que a Constituição Federal de 1988, contém um grande número de disposições garantísticas de cunho processual, bem como um leque de instrumentos processuais destinados à tutela das liberdades, tendo em vista ser uma Constituição voltada ao valor do ser humano e da cidadania.

Mencionado autor divide em duas grandes vertentes as disposições constitucionais de cunho processual (DINAMARCO, 2013, p. 183): de um lado, as normas que se referem à tutela constitucional do processo, consistentes em princípios e garantias pautados em parâmetros democráticos, e cuja observância é obrigatória por parte do legislador infraconstitucional; por outro lado, há normas regulamentando a jurisdição constitucional das liberdades, com instrumentos para uma tutela jurisdicional diferenciada, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Scarpinella Bueno (2008, p. 2) vai além, ao reforçar a necessidade de construção do processo civil a partir das diretrizes constitucionais, não apenas no sentido passivo de identificação de determinados assuntos no texto constitucional, mas na aplicação ativa das diretrizes constitucionais na construção do direito processual.

Segundo o doutrinador, os temas fundamentais do processo só podem ser construídos a partir dos ditames constitucionais, sendo impensável tratar de uma teoria geral do processo que não tenha origem na própria Constituição, invertendo-se

o raciocínio comum do estudo do processo, devendo o primeiro contato com o processo civil dar-se no plano constitucional, e não na norma processual infraconstitucional (SCARPINELLA BUENO, 2008, p. 3).

Tal preocupação com a observância dos ditames constitucionais na elaboração e aplicação de normas processuais não é de hoje. Em 1975, Grinover (1975, p. 2) já alertava sobre tal necessidade:

Hoje, acentua-se a ligação entre constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Seguindo a linha do processo analisado sob a ótica constitucional, a lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), como inovação em relação à codificação anterior, apresenta logo no início, entre seus artigos 1º e 12, aquilo que optou o legislador por chamar “normas fundamentais do processo civil”.

Tais normas, reunidas no Capítulo I, buscam dar um direcionamento aos aplicadores do direito, bem como dar um tratamento único e coeso ao regramento processual como um todo.

Esses dispositivos, nos dizeres de Cunha e Cruz (2017, p. 25), formam a chamada “parte geral da parte geral” do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme salienta Vargas (2016, p. 107), a parte geral tem o condão de fazer com que o sistema processual civil seja compreendido como um todo, e não interpretado em “tiras”, com estudo isolado de seus componentes.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 142) definem tais normas fundamentais como compromissos que devem ser observados por todos os aplicadores do direito, bem como por aqueles que estejam de qualquer forma envolvidos com o processo. Dentre tais compromissos, enfatiza o autor o respeito à liberdade e à igualdade de todos perante a ordem jurídica, à prestação de uma tutela tempestiva aos direitos, e à administração da justiça a partir de uma ideologia democrática, com um equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação.

Tais objetivos já constavam de forma expressa em nossa Constituição Federal, respectivamente nos artigo 5º caput¹ (isonomia), inciso LXXVIII (duração razoável do processo)² e artigo 1º³ (Estado democrático de Direito), o que demonstra a adoção da linha de pensamento daqueles que defendem a análise do processo sob um viés constitucional.

Sobre a democratização, conforme observação de Cunha e Cruz (2017, p. 25), o Código de Processo Civil atual é a primeira grande codificação, no nosso país, nascida dentro de um Estado Democrático de Direito, com participação, durante o seu trâmite legislativo, de diversos setores da sociedade em geral, bem como da comunidade jurídica.

Mencionados objetivos, como normas constitucionais, já eram de observância obrigatória, tanto pelos aplicadores do direito, como pelo próprio legislador, na medida em que todos os ramos do direito devem seguir os ditames da Constituição Federal, conforme leciona de Nery Jr. (2016, p. 52): “todos os ramos do direito, notadamente o do direito processual, vinculam-se à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro”.

A esse fenômeno, de normas processuais expressas na Constituição Federal, Nery Jr. (2016, p. 54) dá o nome de direito constitucional processual, o qual é formado pelo conjunto de textos normativos de direito processual que se encontram dentro da Constituição Federal. Ao lado deste, há a regulamentação da denominada jurisdição constitucional, que é constituída pelos já mencionados instrumentos para tutela das liberdades e direitos fundamentais. A este segundo grupo o autor denomina direito processual constitucional, frisando, porém, não se tratar de novos ramos do direito processual, mas elementos formadores da unidade processual.

Dessa forma, segundo o autor, normas constitucionais com previsão acerca, por exemplo, do devido processo legal, do direito ao contraditório e da ampla defesa,

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

² LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

seriam normas constitucionais processuais, ao passo em que o mandado de segurança, o habeas data e a ação direta de inconstitucionalidade são institutos de direito processual constitucional.

Poder-se-ia então questionar sobre a necessidade de repetir-se na norma infraconstitucional o que já era garantido pela Constituição Federal. Porém, conforme dito anteriormente, um dos objetivos ao se criar uma parte geral dentro do Código de Processo Civil é exatamente dar uma maior coesão e unicidade ao tratamento do processo, adotando-se as diretrizes constitucionais para o processo.

Além disso, conforme lecionam Cunha e Cruz (2017, p. 27), tal repetição poderia não ser necessária, mas não se pode dizer que são dispensáveis, pois se constam expressamente do Código é exatamente em razão do comportamento de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo. Além disso, tais dispositivos dão maior coesão ao sistema processual como um todo.

Couto e Meyer-Pflug (2012, p. 17/18) também falam de forma incisiva acerca da repetição das normas constitucionais dentro da parte geral do Código de Processo Civil:

Poderia soar estranho ou lugar comum falar-se, na atualidade, de um tema que – para dizer o menos – está alçado a garantia constitucional desde o texto de 1988. Não é bem assim, porém; até pouco tempo, vivíamos períodos de ditadura e autoritarismo, ambiente em que o texto constitucional não passava de um rol de promessas, dificilmente concretizadas. E até bem recentemente – e isso se repete rotineiramente nos dias atuais – há um extremo rigor na análise da técnica processual, tendência da qual a ‘jurisprudência defensiva’ é uma de suas mais emblemáticas (e perigosas) manifestações.

Tanto basta uma análise da jurisprudência dos Tribunais – regionais e superiores – para constatar e bem ilustrar a afirmação anteriormente feita: inúmeros recursos de agravo de instrumento inadmitidos por ausência de uma cópia de uma peça havida como necessária à afirmada compreensão da controvérsia ou porque a cópia, ali presente, se afigurou pouco nítida ao eminente relator, dentre outros vários exemplos.

Por tais razões, continua, em nosso entender, absolutamente imprescindível o destaque, ou protagonismo dos postulados constitucionais, que devem iluminar todo o processo civil e, portanto, toda a atuação jurisdicional neste âmbito.

Logo em seu artigo 1º o Código de Processo Civil frisa a necessidade de observância da Carta Magna, ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil”.

A importância desse dispositivo já era ressaltada por Couto e Meyer-Pflug (2012, p. 16/17) antes mesmo da aprovação do então projeto de lei, por denotar uma sintonia fina entre o regime processual e os ditames constitucionais.

Sobre a submissão do Código de Processo Civil à Constituição Federal, Wambier et al. (2015, p. 56) destacam a função didática de tal contextualização, funcionando tais dispositivos como um “lembrete” ao intérprete, a fim de que analise o processo sempre sob a ótica constitucional.

Traçado o panorama geral do processo civil visto sob a égide constitucional, passemos então ao estudo da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, corolário do direito de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, XXXV⁴, que, pelo seu próprio conteúdo, está intimamente ligado aos objetivos mencionados por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 142): respeito à liberdade e igualdade de todos, entrega de uma tutela efetiva e democratização das relações entre os chamados sujeitos do processo.

Conforme bem salientaram Couto e Meyer-Pflug (2012, p. 4), o direito à prestação jurisdicional é o primeiro, e mais sobrepujante, valor constitucional derivado da análise da regulamentação do processo.

1.1 A garantia constitucional do acesso à justiça

Por longo tempo, o poder-dever de dizer o direito não foi exercido pelo Estado, mas sim pelas próprias partes, através da autotutela.

Assim, aqueles que se vissem em conflito, deveriam resolver entre si tal situação, sem interferência do Estado, o que implicava muitas vezes no predomínio da força física, em detrimento da razão jurídica.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da autotutela, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado. (GRINOVER, 2007, p. 13).

⁴ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Já no século XVII, especialmente após a teoria da repartição dos poderes de Montesquieu, o Estado trouxe para si a atribuição de resolução dos conflitos, dizendo o direito (e daí o termo jurisdição), de forma que passou a ser o detentor exclusivo do poder de aplicá-lo.

A partir de então, o Estado é quem passou a regular as relações sociais, através do monopólio da jurisdição.

Contudo, a partir do momento que o Estado traz para si tal função, de forma exclusiva, retirando a possibilidade da autotutela, nasce de forma indissociável a garantia de que o Estado não deixará de socorrer aqueles que dele necessitam em razão da violação de um direito.

Conforme ensina Grinover (2007, p. 13), “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (ex parte principis) e o amplo acesso de todos à referida justiça (ex parte populi)”.

Ora, se o Estado não permite que o sujeito defenda e faça valer seus direitos através do uso da própria força, exercendo ele Estado o monopólio da jurisdição, não poderá em nenhuma hipótese deixar de atender aquele que bate às portas do Poder Judiciário.

E mais do que isso, o acesso aos tribunais não se exaure com a movimentação da máquina judiciária, sendo direito fundamental o desenvolvimento do processo de forma que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, funcionando todas as garantias do devido processo legal e de ampla participação dos interessados (através da sustentação de suas razões e produção das provas que influirão no convencimento do magistrado), como corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição (GRINOVER, 2007, p. 14).

Por tal razão fala-se que a função jurisdicional encerra um “poder-dever” do Estado, pois, se por um lado exerce o “poder” de dizer o direito, por outro lado tal função passa a ser um “dever” do Estado, que não pode eximir-se da mesma. Assim, “poder” e “dever” caminham juntos, como as duas faces de uma mesma moeda.

E é exatamente esse dever do Estado de abrir as portas do Poder Judiciário para aqueles que dele necessitam, e de prestar a tutela necessária, que encerra a chamada garantia do acesso à justiça.

O conteúdo de tal garantia sofreu alterações no decorrer do tempo, como ensina Cappelletti (1988, p. 9):

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (Grifos do autor)

No período mencionado pelo autor (séculos XVIII e XIX) prevalecia a chamada primeira dimensão dos direitos humanos, marcada pelas liberdades públicas negativas, que tinham como objetivo garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado, impedindo o abuso de poder deste frente ao cidadão.

Pelo próprio objeto do direito em questão, qual seja, a liberdade do indivíduo, fica claro o caráter individualista dessa mencionada primeira dimensão, não se falando ainda nesse momento em igualdade, ou em prestações positivas, como viria a acontecer posteriormente.

Sobre a exclusão de alguns indivíduos dos direitos de primeira dimensão, Silveira e Rocasolano (2010, p. 146) relembram que a igualdade era apenas formal, tomando como exemplo a situação de escravos, que não eram considerados homens livres e iguais, e não titularizavam direitos, assim como a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão originária da Revolução Francesa, que não contemplou às mulheres a qualidade de sujeitos de direito.

Em momento posterior, entre os séculos XIX e XX, surge através do processo de dinamogênese (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, *passim*), a intitulada segunda dimensão dos direitos humanos, trazendo dentro de si direitos sociais e culturais, exigindo-se uma atuação positiva do Estado, que mais do que abster-se de determinadas práticas para preservação da liberdade do indivíduo (primeira

dimensão), deveria também atuar mediante prestações positivas de cunho social, como saúde e educação⁵.

Passa-se de um pensamento individualista para uma ideia de coletivismo. É o chamado Estado do bem-estar social (*welfare state*).

Com a inserção dos novos direitos individuais, e também dos direitos sociais, o acesso à justiça ganha importância primordial, pois de nada adianta a declaração da existência de determinados direitos se não houver instrumento que garanta a efetivação dos mesmos, pois conforme já alertava Bobbio (2004, p. 25), mais importante do que fundamentar um direito é protegê-lo, ideia esta reforçada por Cappelletti (1988, p. 12), segundo o qual “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A partir de tal visão, o direito do acesso à justiça deixa de ser um direito individual, daqueles que possuem discernimento da violação de um direito qualquer, bem como recursos necessários para provocação do Poder Judiciário, para ser uma garantia estendida a todos os cidadãos, como um corolário da igualdade, o instrumento hábil a reparar qualquer injustiça ou violação de direito.

O acesso à justiça está intimamente ligado ao princípio da igualdade, pois não há para o exercício do mesmo, condicionantes de caráter pessoal ou social, buscando sempre o legislador a facilitação do acesso, através de instrumentos como a gratuidade para aqueles que não têm condições de arcar com as custas de um processo, ou mesmo a criação da Defensoria Pública⁶.

⁵ Conforme ressalta Asperti (2017, p. 2): “Os anos que precederam a Constituinte foram marcados pela pauta de facilitação do acesso à justiça e de abertura das instituições judiciárias para a “litigiosidade latente”, assim entendida como a gama de conflitos sociais que, em razão dos obstáculos de acesso ao sistema oficial, acabam sujeitos à autotutela, ocasionando o aumento da violência nas comunidades marginalizadas. É também nesse período de ambiente de abertura política e de emergência de movimentos sociais que a reivindicação de direitos sociais, questionando a intensa desigualdade social e a exclusão da grande maioria da população quanto a direitos básicos como saúde e educação. A pauta, naquele momento, era a ampliação desses direitos e o estabelecimento de instrumentos que viabilizassem sua efetivação, de modo a superar a incapacidade do Judiciário de responder adequadamente à complexidade dos conflitos sociais então identificados”.

⁶ “Também nessa época foram promulgadas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, de 1984, que abriu novas portas para a entrada no sistema oficial de justiça, e a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, que estabeleceu algumas das principais bases para a tutela coletiva de direitos. O Código de Defesa do Consumidor compõe esse quadro de medidas, regulamentando os direitos dos consumidores, sua defesa em juízo e a tutela transindividual desses direitos. São criados os Juizados de Pequenas Causas, posteriormente conformados como Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Federais,

Em nossa Constituição Federal, a garantia do acesso à justiça vem elencada dentre os direitos fundamentais, no artigo 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal garantia vem também expressa no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)⁷.

Mais do que o acesso ao judiciário, a garantia constitucional obriga o Estado à prestação de uma justiça efetiva, com uma tutela que seja útil àquele que necessitou socorrer-se do Poder Judiciário, e que exerça a função primordial de pacificação social.

Em sistemas nos quais a justiça se mostra excessivamente morosa, o processo repleto de formalidades burocráticas, e magistrados descompromissados em decidir de forma justa e efetiva, a violação da garantia constitucional do acesso à justiça apresenta-se de forma cristalina, embora tenha se garantido o acesso ao judiciário, afinal, a necessidade do sujeito não é apenas de ter acesso ao judiciário e ser ouvido, mas, antes de tudo, de ver preservado o seu direito, necessidade esta que o fez provocar a atividade estatal.

Couto e Meyer-Pflug (2014, n.p.) ressaltam que antes mesmo de constar expressamente de nossa Constituição Federal, a duração razoável do processo já estava intimamente ligada à garantia do acesso à justiça, pois a morosidade, assim como a ineficiência, tem o condão de esvaziar o conteúdo da garantia do acesso à justiça, e enfatizam que “o acesso à justiça só é ampla e eficazmente garantido com o asseguramento de uma justiça célere, efetiva e justa”.

A partir da ideia do acesso à justiça como um direito extensível e essencial a todos, houve a necessidade de criação de instrumentos para atenuação de obstáculos a seu exercício.

Exemplos de dificuldades encontradas para se garantir o acesso à justiça são inúmeros, dentre os quais podemos citar a necessidade de pagamento de custas

voltados especialmente para a absorção da já mencionada litigiosidade latente e para uma maior aproximação do cidadão do sistema de justiça.” (ASPERTI, 2017, p. 2).

⁷ Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

judiciais, as causas de pequeno valor, a existência de litigantes habituais ao lado de outros eventuais e o atual sistema de proteção dos interesses difusos.

Sempre foi presente, desde o Código de Hamurabi, a preocupação com a isonomia e com o acesso à justiça por parte dos menos favorecidos, seja através da isenção de custas e taxas, seja pela defesa dos interesses por advogado patrocinado pelo Estado.

Segundo Bastos (1989, p. 374/375), a assistência judiciária já era prevista nas Ordenações Filipinas, durante o período colonial, passando pelo Código Civil de 1916, e pelas Constituições Federais de 1934 e 1946, sendo promulgada, em 1950, a lei 1060, que trouxe uma maior discussão e balizamento para efetivação das previsões constitucionais acerca do tema, a qual foi recepcionada pelos diplomas constitucionais posteriores, e em parte revogada pelo atual Código de Processo Civil, que trata, em seus artigos 98 a 102, da gratuidade da justiça, ampliando ainda mais os direitos já previstos na legislação datada de 1950.

Nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, sendo tal dispositivo complementado pelo inciso LXXVIII, que traz a previsão de gratuidade para o habeas corpus, habeas data e atos necessários para o exercício da cidadania.

A Carta Magna de 1988 atribui ainda, às Defensorias Públicas, a incumbência de orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, aos necessitados.

Todos os dispositivos mencionados têm, como objetivo final, a garantia do acesso à justiça prevista no inciso XXXV do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, eliminando, ou atenuando, o problema da insuficiência de recursos como obstáculo ao acesso à justiça, embora saibamos que, infelizmente, muitas vezes faltam aos mais necessitados informações suficientes que lhe permitam ter um maior discernimento acerca de seus direitos e dos meios de protegê-los, não sendo a insuficiência, portanto, tão somente financeira (MANCUSO, 2015, p. 127).

Outra questão tormentosa enfrentada no decorrer da história é a referente às causas de pequeno valor.

Muitas vezes, o valor dispendido em um processo é maior do que o do direito nele discutido.

E especificamente neste ponto, vale frisar que não nos referimos apenas a custas judiciais, mas sim despesas em geral, como transporte cada vez que se precisa ir ao fórum, por exemplo.

Hoje, em nosso ordenamento, a solução para tal problema parece ter sido encontrada nos juizados especiais.

Através de um processo gratuito, baseado na oralidade e com um rito mais célere, e até mesmo na desnecessidade de que o pedido seja feito por advogado em determinados casos, procurou-se diminuir os custos para a defesa dos interesses de pequena monta, rompendo-se o obstáculo financeiro que inviabilizava a defesa dos assim chamados “direitos menores”.

Outro problema impeditivo do acesso à justiça, principalmente pelos mais necessitados, é a desigualdade existente entre os chamados litigantes habituais e aqueles que litigam apenas eventualmente, pois conforme adverte Mancuso (2015, p. 472)

Os primeiros, operando em economia de escala em suas relações com a Justiça estatal, pouco ou nada são afetados pela duração do processo, pelo seu custo e incertezas, ao passo que os segundos não podem suportar por muito tempo o peso do processo, e, por isso, não raro, “aceitam” encerrá-lo prematuramente, submetendo-se a acordos iníquos e injustos.

Segundo entendimento do próprio autor, tal panorama poderá ser alterado, ao menos parcialmente, com a aplicação do artigo 139, VI, do Código de Processo Civil, que faculta ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Como consequência lógica da preocupação em facilitar-se o acesso ao judiciário, há uma maior procura pelo Poder Judiciário, com um aumento significativo da distribuição de feitos, o que faz com que seja necessária uma busca por outros meios de pacificação dos conflitos, como relata Grinover (2007, p. 14)⁸.

⁸ “Logo se percebeu, porém, que o Estado não seria capaz de dirimir toda a massa de controvérsias levada aos tribunais. E voltou a renascer o interesse para as modalidades não jurisdicionais de solução de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Ganhou corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, se torna irrelevante que a pacificação se faça por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes e justos. Por outro lado, cresceu a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora, que tenta realizar por meio da jurisdição e através das formas do processo. A sentença autoritativa do juiz não pacifica as partes, porquanto imposta. Sempre haverá uma parte — e freqüentemente as duas — descontente com a decisão do juiz e recalcitrante em seu cumprimento. Por outro lado, as formalidades do processo — no limite necessário a assegurar suas garantias — exigem tempo, e o tempo é inimigo da função

Tais instrumentos foram prestigiados em nosso Código de Processo Civil, que trata da conciliação e da mediação em seção própria, entre os artigos 165 e 175, além de dispor, em seu artigo 3º, §3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Porém, em razão da insuficiente divulgação de tais meios, ainda não foi possível sentir-se qualquer efeito prático (MANCUSO, 2015, 165 *et seq.*).

Houve tentativa de tornar obrigatória a tentativa de solução por outros meios, como a previsão do artigo 625-D da CLT, incluído pela lei 9958/2000, segundo o qual toda demanda de natureza trabalhista deveria, antes de ser submetida ao poder judiciário, passar pela Comissão de Conciliação Prévia, onde houvesse, só havendo a provocação do judiciário quando a tentativa de conciliação restasse infrutífera ou não fosse realizada a sessão de conciliação no prazo de 10 dias.

Porém, no julgamento de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2139 e 2160, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional tal obrigatoriedade, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como a garantia do acesso à justiça.

A chamada cultura de litigância, somada à falta de divulgação de outros meios de solução dos conflitos, é hoje uma das principais causas do afogamento do Poder Judiciário.

Soma-se ainda a tais problemas aquilo que Mancuso (2015, p. 69) chamou de “fúria legislativa”.

Há muito tempo que a solução encontrada para qualquer problema que surge na sociedade é a elaboração de um novo diploma normativo.

Tal fenômeno pode ser encontrado tanto na esfera constitucional (nossa Constituição, de 1988, tem até o presente momento 99 emendas⁹), como na legislação ordinária, com inúmeras leis esparsas, além das codificações.

A incessante produção legislativa passa ao indivíduo a ideia de que tudo que este necessita está ali, bastando que, caso seu direito não esteja realizado, bata às

pacificadora. Ao lado da duração do processo, outro problema é constituído por seu custo, constituindo mais um óbice à plenitude da função pacificadora.”

⁹Atualizado em 09 de janeiro de 2018.

portas do poder judiciário para atendimento imediato de suas necessidades, havendo, desta forma, um fomento à litigância, um incentivo à demanda.

Além disso, o excesso de diplomas normativos acaba por gerar uma discrepância interpretativa, visto que, muitas das vezes, há vários diplomas regulando uma mesma matéria, e esta discrepância, por sua vez, dá ensejo à recorribilidade, fazendo com que o processo perdure por ainda mais tempo sem uma solução definitiva (MANCUSO, 2015, p. 74).

Muitas das questões sobre as quais o legislador se debruça, seriam facilmente resolvidas com a simples aplicação da razoabilidade, do bom senso, ou dos inúmeros princípios já existentes em nosso ordenamento.

Porém, na busca de uma maior segurança, opta-se por legislar sobre toda e qualquer matéria, por menor relevância que tenha, e na verdade isso acaba por gerar um efeito contrário, de extrema insegurança, pois o cidadão já não sabe mais o que está e o que não está em vigor, além de, em razão da já mencionada discrepância interpretativa, acabar por existir uma “loteria judiciária”.

Diante de tal abordagem do conteúdo do direito de acesso à justiça como o direito não apenas de propositura de Ação, mas sim de concessão de uma tutela justa, célere e efetiva, necessário passarmos ao estudo da efetividade e da celeridade.

1.2 Eficácia, efetividade e eficiência

A análise dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência esbarra em dois principais equívocos: a utilização como sinônimos, e a aplicação da mesma ideia de eficiência para a Administração Pública e para o direito processual.

Trabalharemos, num primeiro momento, com os conceitos, de uma forma genérica, para em momento subsequente tratarmos da aplicação dos mesmos no âmbito administrativo, e, por fim, a visão sob a ótica processual.

Para o estudo dos conceitos, valemo-nos das lições de Nohara (2012).

O termo eficiência, em qualquer âmbito em que utilizado, traz dentro de si uma ideia relacional, uma proporção entre desempenho/produktividade e as possibilidades oferecidas pelos recursos disponíveis, e por tal razão deve sempre ser vista de forma relativa, e não como um fim em si.

Além disso, desempenho e produtividade podem guardar dentro de si conteúdos variáveis, exatamente por essa ideia de relação, inerente ao conceito de eficiência.

Nohara (2012, p. 193/194) traz interessante exemplo, que facilitará a visualização dessa mencionada relatividade:

As empresas devem ser eficientes, para evitarem desperdícios na gestão, contudo, enquanto a eficiência de uma empresa privada, da ótica dos acionistas que a suportam, está orientada para um determinado fim, qual seja: o alcance dos melhores índices de lucratividade, a empresa estatal, que tem sua autorização de criação alicerçada nos imperativos da segurança nacional e de relevante interesse coletivo, conforme dispõe o artigo 173 da Constituição, não visa somente à produção de lucro ao Estado, que jamais se equipara a empresário privado, pois ela se legitima em nome do cumprimento de objetivos maiores.

Note-se que em ambos os casos mencionados, embora o conteúdo do termo “desempenho” seja diverso, a eficiência é essa relação entre os resultados obtidos e os meios disponíveis, evitando o desperdício.

Necessário destacar que a eficiência pode ser auferida sob vários aspectos distintos, como por exemplo eficiência na prestação de um serviço, no controle de uma atividade ou no planejamento de uma política pública.

Ao lado da eficiência, temos o conceito de eficácia.

Embora também guarde relação com a utilização dos meios, a eficácia está mais voltada aos resultados atingidos.

Enquanto a eficiência é vista a partir de uma relação entre o desempenho e os meios disponíveis, a eficácia tem como objeto de análise tão somente os objetivos alcançados.

Quanto maior a eficiência, maior a tendência de a medida ser também eficaz, porém tal regra não é absoluta, pois a empresa pode ser eficiente sem ser eficaz quando, apesar da otimização dos recursos disponíveis, os resultados esperados não sejam atingidos (NOHARA, 2012, p. 192).

Por outro lado, podemos imaginar também uma situação na qual, embora não se observe a eficiência, havendo má administração dos meios e desperdício, os resultados tenham sido os esperados dentro de uma meta traçada, de forma que, em uma análise apenas do resultado, a prestação ou produção poderá ser considerado eficaz, embora ineficiente, se pensarmos que poderia ter sido menos dispendioso ou que os resultados poderiam ser ainda melhores.

Dessa forma, como a eficácia leva em consideração tão somente a análise dos resultados, trata-se de uma interpretação bem mais simples, se comparada com a eficiência, que deve considerar em sua análise a proporcionalidade entre os fins atingidos e os meios disponíveis.

Por fim, eficiência e eficácia não se confundem também com efetividade, que é o impacto, o efeito produzido na prática pelo programa ou serviço, e pode ser apurada através de índices técnicos e econômicos, por exemplo.

Resumindo os três conceitos até aqui expostos, temos que a eficiência é a relação entre os resultados alcançados e os instrumentos à disposição para tanto; eficácia é o resultado em si, que embora na grande maioria das vezes esteja relacionado à eficiência, tal relação não é absoluta; e efetividade é o impacto externo, o resultado concreto.

Traçada a diferenciação terminológica, importante destacar que tanto a atividade administrativa como a judiciária devem buscar os 3 elementos, pois de nada adianta um serviço público ou judiciário eficiente, se essa eficiência não se traduzir em resultado (eficácia) e impacto prático para o cidadão (efetividade).

Passemos então à análise da aplicação de tais conceitos nos ramos administrativo e judiciário.

1.2.1 Eficiência sob a ótica da Administração Pública

A fim de se estabelecer um comparativo entre a eficiência vista sob a ótica da Administração Pública, e a eficiência do Poder Judiciário, necessário analisarmos aquela primeira ideia, para chegarmos à conclusão de aplicabilidade ou não no Poder Judiciário.

A eficiência do serviço público é uma das condições para a prestação de um chamado serviço adequado, conforme dispõe o artigo 6º, §1º, da lei 8987/95¹⁰, que trata do regime de concessão e permissão do serviço público, ao lado de outras

¹⁰Art. 6º: Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

condições igualmente especificadas, como a regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

Da análise de tal dispositivo, compreendemos quais são as finalidades a serem buscadas na prestação dos serviços públicos, e o resultado da organização dos instrumentos disponíveis na busca dessas finalidades é a eficiência, de forma que, embora conste como uma finalidade a ser atingida na prestação de um serviço público adequado, a eficiência nada mais é do que um instrumento a ser utilizado na busca das demais condições mencionadas no dispositivo legal.

No ano de 1998, a Emenda Constitucional nº 19 acrescentou o princípio da eficiência ao artigo 37 da Constituição Federal, que trata dos princípios a serem observados por toda a Administração, direta ou indireta, em qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, e não apenas na prestação dos serviços públicos, de forma que a eficiência hoje deve nortear toda a atividade estatal, seja ela administrativa ou judicial.

A preocupação com uma Administração eficiente não é de hoje, e ao longo da história temos diversos exemplos de instrumentos criados com vistas a tal finalidade.

Podemos citar a criação, na década de 90, dos Cadernos MARE de Reforma do Estado¹¹, elaborados pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sob a supervisão do então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, os quais estabeleciam programas de qualidade e participação na Administração Pública.

A ideia traçada nestas diretrizes, que funcionavam como uma cartilha para a Administração, era aplicar no setor público valores e comportamentos preconizados pela Administração Pública Gerencial, com objetivo final de máxima eficiência e eficácia na Administração.

O objetivo específico, conforme informações contidas no próprio caderno (BRASIL, 1997, p. 16) era trazer da iniciativa privada mecanismos compatíveis com o regime de direito público para implantação do modelo gerencial, através de um processo de definição, implementação e constante avaliação da atividade pública, mediante a definição de índices de desempenho e nível de satisfação do cliente-cidadão.

¹¹ Um total de 15 cadernos encontram-se disponíveis para consulta e download em <http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100> Consultado em 06 de janeiro de 2018.

Tal implementação passaria por um processo de educação e treinamento dos servidores, com desenvolvimento da criatividade, da capacidade de trabalho em equipe, da cooperação e da participação, assim como da sensibilização dos servidores para a participação no esforço de melhoria da qualidade na prestação de serviços pelo setor público (BRASIL, 1997, p. 17).

E nem poderia ser diferente. Essencial que qualquer mudança no paradigma de serviço público passe pela força humana, afinal, os prestadores de serviço podem efetivamente fazer a diferença na prestação, não sendo mais admissível aquela ideia do servidor público burocrático, sem dinamismo e proatividade no exercício de suas funções, e alicerçado em sua estabilidade, sem perspectivas de crescimento.

Além da educação e treinamento, imprescindível a definição de metas de produtividade e qualidade do serviço prestado, podendo inclusive haver a criação de bônus ou premiações para incentivo ao servidor encaixar-se nesse novo perfil (BRASIL, 1997, p. 18/19).

Internamente, importante também maior cooperação e diálogo entre superiores hierárquicos (gerentes) e subordinados (gerenciados), no desenvolvimento de uma gestão participativa.

Outra medida importante seria a expansão do campo de ação do Programa por meio de articulações junto aos outros poderes - Legislativo e Judiciário - e às outras instâncias de Governo - estaduais e municipais, com vistas ao estabelecimento de intercâmbios de metodologias e de experiências e promoção e divulgação de estudos, pesquisas e experiências decorrentes da implantação de Programas da Qualidade e Participação em órgãos públicos.

As esferas governamentais federal, estadual e municipal precisam interligar-se, através de um diálogo constante, o mesmo devendo ainda ocorrer entre os diferentes poderes constitucionais: Executivo, Legislativo e Judiciário (BRASIL, 1997, p. 26).

Mencionada comunicação deve ocorrer independentemente de questões políticas, pouco importando se as esferas são governadas ou não por partidos ditos aliados.

Deve-se buscar ainda uma continuidade, um programa perene, constante, pois caso contrário, corre-se o risco de a cada nova eleição retroceder-se à estaca zero, havendo quanto a isto, inclusive, proposta de uma regulamentação fixa,

independentemente da vontade daquele que venha a ser eleito (FREITAS, 2007, *passim*).

A par de todas essas metas, haveria uma consolidação da consciência dos valores éticos inerentes ao serviço público, tanto por parte dos servidores, como também por parte dos cidadãos.

Com base em todas as diretrizes mencionadas, os Cadernos MARE estabeleciam então alguns princípios, auto explicáveis pelo já discorrido, dentre os quais podemos mencionar a satisfação do cliente, o envolvimento de todos os servidores, gestão participativa, gerência de processos, valorização do servidor público, constância dos propósitos, melhoria contínua e a não aceitação de erros (BRASIL, 1997, p. 18/20).

A cartilha traçou ainda diretrizes estratégicas para implantação dos programas de qualidade e participação, que dar-se-ia através do chamado “Ciclo da melhoria contínua”, também conhecido como ciclo PDCA (BRASIL, 1997, p. 34).

Tal ciclo consistem em 4 etapas a serem cumpridas de maneira cíclica, continuamente e sucessivamente.

São as etapas do ciclo PDCA:

- Avaliar a gestão
- Elaborar o plano de melhoria da gestão
- Acompanhar e avaliar o plano de melhoria
- Reavaliar a gestão

Na última fase, há uma avaliação dos resultados do Programa implementado, e ao mesmo tempo uma avaliação da gestão, para na sequência traçar-se um novo plano de melhoria e assim sucessivamente, razão pela qual fala-se em ciclo e numa melhoria contínua.

Tal cartilha seria perfeitamente aplicável nos dias de hoje, mesmo depois de passados 20 anos de sua elaboração, porém sua implementação esbarra na falta de interesse dos Administradores e em questões políticas que servem de entrave a uma melhoria contínua.

A gestão participativa também é defendida por Caldas e Diz (2015, p. 60) na questão do controle orçamentário¹².

¹²“Dentro da concepção do orçamento participativo, seu controle deve levar em consideração suas principais características, quais sejam, de ser uma busca de decisões descentralizadas, induzindo a criação de conselhos populares, gerando opinião pública independente (hoje interconselhos, criados

Quanto à eficiência, no ano de 1998 houve a inclusão do princípio da eficiência como regente da Administração Pública expressamente no artigo 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19, também conhecida como emenda da reforma administrativa.

Com a inclusão do princípio da eficiência ao lado do princípio da legalidade, houve uma discussão se não haveria um conflito entre ambos. Porém, o que sempre predominou é que há um caráter de complementaridade de um em relação ao outro, vez que a eficiência deve ser buscada continuamente, mas sempre dentro da legalidade administrativa.

Tal caráter complementar entre legalidade e eficiência é tratado por Meirelles (2000, p. 90), que ressalta a exigência de resultados positivos para o serviço público, não se contentando mais a função administrativa tão somente com o aspecto de legalidade.

Nohara (2012, p. 190/191) ressalta, porém, a cautela que deve permear a aplicação de tal princípio, não se podendo correr o risco de dar uma “carta em branco” para que a Administração, baseada na busca da eficiência, flexibilize a legalidade.

Também adotando a ideia de complementaridade entre legalidade e eficiência, porém com um tom mais crítico à fluidez deste último, é a posição de Bandeira de Mello (2000, p. 92), segundo o qual o princípio da eficiência é de difícil controle judicial, de forma que mais parece um “adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”. Reforça ainda que tal princípio deve necessariamente ser concebido dentro do princípio da legalidade, que traz em si o dever administrativo por excelência.

em 2011), de forma a atrair a atenção do cidadão para questões locais, despertando consciência da participação cidadã fiscalizatória (cidadania participativa) para que nasçam dois focos de poder (no caso do estudo em questão, o Tribunal de Contas e as instituições diretas de participação em controle social).

E, para tanto, torna-se mister a instituição de um processo de gestão e fiscalização aberto ao debate e ao diálogo direto entre a administração pública e a própria sociedade sobre o controle social e os tribunais de contas, inclusive durante a própria execução orçamentária, implicando uma espécie de autorregulação interna ante a consequente reflexão estatal, um repensar que se impõe ao administrador público a partir das novas ideias advindas dessa interação entre os setores público e privado em controle externo.”

A eficiência é apenas um dos elementos dentro de um princípio maior, que garante o direito fundamental a uma boa administração (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 92).

Aliás, ao falar de eficiência e eficácia não podemos de deixar de mencionar o posicionamento de Freitas (2007, p. 20), que trata da boa administração como um direito fundamental.

Partilhando do mesmo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, Juarez Freitas trata da eficiência (e também da eficácia) como apenas parte de algo maior, que é o direito fundamental à boa administração.

Não há que se negar a existência de discricionariedade na administração pública e, inclusive, dentro de um mesmo ato diversas opções de escolha, todas, ao menos *prima facie*, válidas. Entretanto, tal discricionariedade é vinculada à boa administração, da qual não pode o administrador se desviar.

Nos dizeres de Cardozo (1999, p. 166/167), a Administração Pública deve zelar pela eficiência não apenas sob o ponto de vista qualitativo, mas também quantitativo dos resultados, através de uma ação instrumental adequada, com maximização dos recursos disponíveis, sejam eles materiais, humanos, financeiros ou técnicos.

Já a efetividade está ligada ao resultado prático, conforme se depreende do conceito apresentado por Nohara (2012, p. 195), segundo o qual “efetividade significa, para a organização, o impacto, isto é, os efeitos de seus programas no ambiente, os quais são mensurados por índices técnicos, econômicos, socioculturais, institucionais e ambientais”.

Passemos então ao estudo dos conceitos visto sob a ótica processual.

1.2.2 Eficiência do judiciário e efetividade da tutela jurisdicional

Inspirada pelo efficientismo pregado e então incluído em nossa Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98, a chamada reforma do judiciário, implementada pela Emenda Constitucional 45/04 veio, dentre outras medidas, acrescentar de forma expressa em nossa Constituição Federal o princípio da razoável

duração do processo, bem como inserir em nosso sistema o Conselho Nacional de Justiça.

Dentro deste cenário, Couto e Meyer-Plug (2014, n.p.) já alertavam, porém, sobre a diferença que deve permear a mensuração da eficiência da Administração Pública e o Poder Judiciário¹³.

Sobre a ligação entre o princípio da eficiência e a inclusão da duração razoável do processo como uma garantia constitucional, Couto e Meyer-Pflug (2014, n.p.) ressaltam que “deve-se referir ainda o princípio da eficiência administrativa, inserido no art. 37 da CF pela EC 19/98, como também um embrião da mais recente inclusão da cláusula da duração razoável do processo”.

Isso evidencia que, quando se fala em Poder Judiciário, o conceito de eficiência muitas vezes é ligado à questão da celeridade, como se fosse eficiente um judiciário que extingue seus processos dentro de um tempo razoável.

Tal ideia é deveras perigosa, pois não leva em consideração a natureza das decisões que colocam fim ao processo e a efetividade da tutela em relação àquele que se socorreu do Poder Judiciário.

Couto e Meyer-Plug (2014, n.p.) já demonstravam preocupação com tal análise:

O discurso da eficiência tem tomado conta dos corredores do Judiciário, da Academia e, com singular atenção, da grande mídia e, por consequência, de toda a sociedade. Todos parecem clamar por um processo célere e, para essa obtenção, exigem um controle numérico-quantitativo de processos e de decisões, a partir de uma análise econômica da eficiência, solução que, para nós, deve ser vista com alguma reserva ou cuidado.

Prova dessa (inadequada) relação entre eficiência e celeridade são as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que levam em consideração, na aferição da produtividade dos magistrados, o número de sentenças proferidas e o encerramento dos feitos, sem levar em conta que tipo de sentença está sendo

¹³“É dizer, portanto, que a esse mesmo postulado – da eficiência – subordina-se também o Poder Judiciário, em todas as suas esferas e âmbitos de atuação, e foi precisamente nesse ambiente que se criou (pela EC 45) o Conselho Nacional de Justiça, empunhando a bandeira de “eficiência, modernização e transparência do Judiciário”.

Resta-nos saber, entretanto, qual o significado da eficiência no âmbito do Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, se a expressão eficiência do Judiciário é análoga – e atrai a mesma compreensão, devendo subordinar-se às mesmas regras de mensuração – à eficiência da Administração Pública.”

proferida e com que qualidade a justiça está sendo prestada, observando apenas os aspectos numérico e temporal^{14 15}.

A Constituição Federal passou a prever textualmente o direito à duração razoável do processo, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII.

A grande questão que se coloca na análise de tal dispositivo reside no conteúdo do termo “razoável”.

Um processo demasiadamente longo é prejudicial, porém também não pode ser instantâneo, visto que o mesmo deve perdurar pelo tempo necessário para a prestação de uma tutela efetiva e justa.

O tempo razoável para o processo, concebido como amálgama de garantias, não é necessariamente o tempo mais curto, mas justamente o mais adequado para que cumpra suas funções. Acelerar o processo pode, em algumas hipóteses, retirar a razoabilidade de sua duração. Processo “instantâneo” ou “quase instantâneo” não é razoável e representa, inclusive, *contraditio in terminis*, ou seja, a própria noção de processo implica transcurso de certo

¹⁴ Durante o 11º Encontro Nacional do Poder Judiciário, ocorrido em 20 e 21 de novembro de 2017, em Brasília, foi fixada a Meta 2 do CNJ para o ano de 2018, segundo a qual deverão ser identificados e julgados até 31/12/2018, pelo menos 99% dos processos distribuídos até 31/12/2013 e 90% dos processos distribuídos em 2014 no STJ; 100% dos processos distribuídos até 31/12/2014 e 90% dos processos distribuídos até 31/12/2015 no TST; 90% dos processos distribuídos até 31/12/2016 nas Auditorias Militares na Justiça Militar da União e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2016 no STM; pelo menos 90% dos processos distribuídos até 31/12/2016 na Justiça Eleitoral; 80% dos processos distribuídos até 31/12/2014 no 1º grau e 80% dos processos distribuídos até 31/12/2015 no 2º grau da Justiça Estadual e 90% dos processos distribuídos até 31/12/2015 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais em âmbito estadual; 100% dos processos distribuídos até 31/12/2013, 85% dos processos distribuídos em 2014 no 1º e 2º graus da Justiça Federal, e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2015 nos Juizados Especiais Federais e nas Turmas Recursais; 90% dos processos distribuídos até 31/12/2016 no 1º e no 2º graus da Justiça do Trabalho; e, nos Tribunais de Justiça Militares Estaduais 95% dos processos distribuídos até 31/12/2016 nas Auditorias Militares, e 95% dos processos distribuídos até 31/12/2017 no 2º grau. Fonte: site do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁵ “A constatação de uma necessária atenção à gestão, à organização e ao gerenciamento dos cartórios e dos processos foi um dos incontestáveis méritos iniciados com a Reforma Constitucional do Judiciário inaugurada com a EC 45, voltada a uma melhor administração da Justiça. Nesse sentido, reconhecer a existência de atores que sempre passaram ao largo de todas as reformas (agentes do Judiciário, serventuários e cartórios), até então meramente processuais, teve um importantíssimo papel.

Preocupa-nos, porém, a leitura que se tem dado sobre a chamada e tão reclamada “eficiência do Poder Judiciário”, calcada, precípua e notadamente, em critérios quantitativos que têm em mira a rapidez na prolação de sentenças. Nesse ambiente, parece deveras importante indagar e ponderar se essa eficiência ou rapidez pode ser obtida “a qualquer preço”, ou “a qualquer título”, na medida em que um indicador de quantidade nem sempre é sinônimo de qualidade.

Está-se diante daquilo que se cunhou designar por febre do eficientismo. Desejamos chamar a atenção, em particular, para as exigências mais atuais, que acabam por impor processos quase instantâneos, no âmbito dos quais são proferidas decisões sem uma atenção mais acurada e detida sobre as particularidades e complexidades de certas demandas.” (COUTO e MEYER-PFLUG, 2014, n.p.)

tempo, lapso razoável para que possa ser solucionado. O propósito de instantaneidade ou de encurtamento abrupto do processo configura, muitas vezes, atentado contra sua racionalidade e nessa medida representa agressão ao princípio da razoável duração do processo. Repita-se: o tempo é insuprimível do processo. (MARINS, 2011, p. 191)

A celeridade não pode estar acima de outros princípios, não se admitindo que o processo seja prejudicado em sua instrução, durante a produção de provas, ou que se vejam reduzidas garantias como a do contraditório, da ampla defesa, e da recorribilidade das decisões, a pretexto de obter-se uma decisão mais célere.

Um processo deve sim ser célere, mas, antes, ele precisa ser justo, como já advertia Barbosa Moreira (2000, p. 144/145):

O submisso 4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas na justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Para garantia não apenas da eficiência numérica, mas também qualitativa, mostra-se essencial a implantação, desde já, de uma análise das decisões proferidas no que tange à espécie e potencialidade de pacificação do conflito, e não apenas da quantidade de sentenças proferidas e processos extintos. Essa é uma das conclusões a que chegaram Couto e Meyer-Pflug (2013, p. 143), ao questionar se as ações propostas trazem como consequência uma maior percepção de Justiça pela sociedade.

Preciso é o ensinamento de Bedaque (2010, p. 49) acerca da relação celeridade/efetividade:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

A busca pela celeridade não pode trazer como consequência a obstrução das garantias do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional, como tem ocorrido com frequência em algumas das soluções apresentadas.

Uma das tentativas de diminuição do número de feitos é o tratamento dos processos em lote, como se em cada um daqueles feitos submetidos à análise, não houvesse peculiaridades ou características que podem diferenciá-lo dos demais, levando-os a soluções não necessariamente idênticas.

Podemos citar como exemplo desse gerenciamento massivo a exigência da repercussão geral nos recursos extraordinários, presente no artigo 102, §3º, da Constituição Federal, inserida pela já citada Emenda Constitucional 45/2004, e artigo 1035 do Código de Processo Civil, ou a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, que uma vez admitido acarretará a suspensão de todos os processos referentes à mesma questão que tramitem no mesmo Estado ou região, conforme se trate de justiça estadual ou federal, até que seja decidido o incidente e firmada a tese pelo respectivo tribunal, novidade esta trazida pelo atual Código de Processo Civil, nos artigos 976 a 987.

Sobre tais instrumentos e o risco de criar-se um obstáculo no acesso à justiça, Asperti (2017, p. 6) alerta para a falta de critério para escolha do caso utilizado como paradigma e a ausência de uma resposta individualizada, com interpretação das especificidades fáticas, do caso afetado pela decisão paradigmática, com possibilidade de mera reprodução decisória

Asperti (2017, p. 3/4) menciona outros instrumentos, anteriores ao atual Código de Processo Civil, que já seguiam essa tendência, como a súmula vinculante; a súmula impeditiva de recurso, ainda que não vinculante; no julgamento por amostragem, com consequente sobrestamento de recursos similares; o indeferimento liminar de casos idênticos.

E até então falamos apenas de instrumentos legislativos, mas poderíamos citar o formalismo muitas vezes utilizado por magistrados com o mero intuito de não receber um recurso, ou mesmo de extinguir-se uma ação sem resolução de seu mérito.

Claro que os formalismos dentro do processo são essenciais para a garantia da segurança jurídica e da efetividade, e sem os mesmos o litígio tornar-se-ia uma disputa desordenada, dando margem para que prevalecesse a força ou a

arbitrariedade, porém, assim como o processo, o formalismo deve ser direcionado a determinado fim, e por certo este fim não é a extinção com vistas à redução do número de processos¹⁶.

Estamos então a falar, nos dizeres de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2008, n.p.), do formalismo-valorativo¹⁷.

Todos os instrumentos citados buscam solucionar a crise numérica do judiciário combatendo as consequências da mesma, e nunca a causa, qual seja, a cultura do demandismo, estimulada pela fúria legislativa de nosso Congresso (e até mesmo do Poder Executivo através de medidas provisórias), junto à falta de incentivo de utilização de outros meios de composição (MANCUSO, 2015, *passim*).

As saídas para o problema passam por uma mudança de pensamento, cultural e social, mediante o incentivo a outros meios de solução dos conflitos, e provocação do poder judiciário apenas quando estritamente necessário.

Por fim, a flexibilização do procedimento, visto como um instrumento para concretização do direito e pacificação do conflito, com a adoção da ideia do formalismo-valorativo, em detrimento do formalismo excessivo, mostra-se como instrumento essencial para maior efetividade e justiça, garantindo-se o acesso a tal tutela àquele que dela necessita, pois, do contrário, sem efetividade, não haverá justiça.

Portanto, mais do que um judiciário eficiente, devemos prezar pela efetividade das tutelas, pois, conforme visto anteriormente, é pressuposto da garantia do acesso a justiça que haja a prestação de uma tutela célere, justa e efetiva.

De acordo com os conceitos trabalhados, a efetividade está relacionada aos efeitos práticos, ao impacto na situação fática submetida ao judiciário.

¹⁶“Se um dos valores fundamentais é o acesso à justiça, por exemplo, não podemos ter um processo com formalismo exagerado, a ponto de impedir a prestação da tutela jurisdicional, quando seria perfeitamente possível a correção ou superação do vício.” (CUNHA; CRUZ, 2017, p. 27)

¹⁷“Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo.”

O conceito de efetividade é trabalhado exaustivamente no processo civil sob a ótica da instrumentalidade, do processo visto como um instrumento, um meio, para a consecução do direito material.

Nos dizeres de Bedaque (2011, p. 21), “o processo não vale tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”.

Esse resultado mencionado pelo autor é exatamente a efetividade, o efeito produzido na prática, o impacto concreto, de onde podemos então notar o ponto em que a ideia de efetividade secciona a teoria da instrumentalidade do processo.

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 185).

Até meados do século XIX, o direito processual era visto como parte do direito material, naquilo que Dinamarco (2013, *passim*) chama de sincretismo entre o direito substantivo e adjetivo.

No decorrer do século XIX passou-se então a discutir o conceito civilista de Ação, que era então vista, não como um instituto de direito material, mas sim processual, dirigida ao juiz, e não à parte adversa, e tendo como objeto a prestação jurisdicional, e não o bem litigioso considerado em si (DINAMARCO, 2013, p. 18), e a partir de tais premissas começou-se a questionar também a autonomia de todos os outros institutos do processo civil, considerado a partir de então em sua autonomia em relação ao direito material.

Porém, em que pese a autonomia, o processo não pode ser visto de forma totalmente indissociável do direito material, pois da mesma forma que o direito material depende do processo para sua garantia, também não há processo sem direito material, estando ambos em um ciclo de interdependência, não havendo sequer que se falar em maior importância de um ou de outro.

Essa ideia do processo como instrumento para consecução do direito material caracteriza então a terceira fase da história do direito processual, em que nasce a ideia da chamada instrumentalidade do processo.

Em obra sobre a instrumentalidade, Dinamarco (2013, p. 321) ressalta a passagem da fase autonomista para um novo modelo instrumentalista¹⁸:

É preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por aperfeiçoar-se às exigências deste; além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável (v.g., o direito à anulação de casamento ou o *jus punitionis* do Estado), mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não se deve extrair pressurosamente a falsa ideia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro. É inerente à proposta mudança de mentalidade essa visão acentuadamente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase autonomista do direito processual, ora em vias de extinção. É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos.

O direito processual passa então a ser visto como instrumento para aplicação do direito material.

Importante frisar que o caráter instrumental não pode ser entendido como uma relação de hierarquia entre o direito material e o direito processual.

Não é porque o direito processual serve como instrumento para aplicação do direito material, que está abaixo deste hierarquicamente, assim como também não é porque o direito material somente se concretiza através do direito processual, que este está acima daquele.

Como acentuou Carneiro (2015, p. 59), não se trata de desmerecer o processo, mas ter em mente que ele não constitui um fim em si mesmo, mas sim um meio que deve resultar em um julgamento de mérito justo, eficaz e rápido.

A relação entre direito material e processual está muito mais para uma relação circular, ou seja, o processo serve ao direito material, que por sua vez só se concretiza através do direito processual, que serve ao direito material...

¹⁸Também sobre a instrumentalidade, e do processo visto como um método de trabalho, discorre Bedaque (2011, p. 17):

“Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.

Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas os meios adequados para a defesa de seus interesses”.

Ao falar sobre essa questão hierárquica, Didier Jr. (2013, p. 27) faz interessante analogia com a relação existente entre um engenheiro e um arquiteto. Assim como cabe ao engenheiro concretizar o projeto do arquiteto, ao processo cabe a função de dar concretude ao direito material.

Não há como pensar em um direito processual desvinculado de qualquer direito material. O processo não existe por si só, de forma que podemos dizer que um processo sem direito material é oco, por lhe faltar conteúdo.

Nos dizeres de Liebman (2005, p. 197), se não houvesse o processo, haveria o constante risco do direito permanecer inobservado, e, por outro lado, sem o direito, o processo seria um mecanismo girando no vazio, sem qualquer conteúdo ou finalidade.

Importante ressaltar que não se trata de uma regressão a fases já superadas da dicotomia direito material / direito processual, vez que não se está a negar a autonomia deste, que é evidente, mas tão somente de pensá-lo como instrumento para alcance da finalidade, qual seja, a aplicação do direito material.

Também não se trata de uma eliminação do binômio, mas tão somente de uma aproximação dos conceitos de direito e processo.

Partindo dessa finalidade precípua do processo, de resolver a questão de direito material, com a consequente pacificação social, entenderemos de forma mais clara esse seu caráter instrumental, e a relação com a efetividade da tutela jurisdicional concedida.

Diante de tal ótica, do processo visto como instrumento que busca sempre a prestação de uma tutela célere, justa e efetiva, não podemos pensar em eficácia tão somente sob o aspecto numérico e sobre dados objetivos.

Parece-nos, enfim, que as reflexões que devem permear a questão consistem em encontrar uma resposta que permita obter-se um processo que seja iluminado pelos valores constitucionais, inclusive o da duração razoável do processo, mas que não dispense as formalidades mínimas, tampouco dispense a observância de outras garantias, tais como da segurança jurídica. A ponderação entre os valores “celeridade” e “segurança jurídica” – que, à primeira vista, podem parecer absolutamente colidentes – é a medida que, a nosso ver, coloca-se como condição legitimadora de todas as reformas e ações, com vistas à superação da crise do Judiciário e, com isso, da Justiça. E, quem sabe, com a ponderação entre esses dois valores (celeridade x segurança), encontre-se uma “fórmula” intermediária, na qual o processo prime pela qualidade de pronunciamentos, mas sem descurar-se do tempo (em alguns casos, urgente), e com isso se alcance um novo e particular (porque atento às peculiaridades da Justiça) conceito de eficiência. (COUTO; MEYER-PFLUG, 2014, n.p.)

Por tal razão, é que são inaplicáveis ao processo os parâmetros de eficiência da Administração Pública.

Inócuo seria termos um judiciário dito eficiente e eficaz, que extingue um determinado número de processos dentro de uma meta traçada, se o resultado destes não trouxer em si efetividade para aquele que se socorreu do judiciário.

A melhor conclusão é aquela a que chegaram Couto e Meyer-Pflug (2014, n.p.):

Parece que circundam o tema, fundamentalmente, dois problemas, aqui apresentados com a formulação de duas questões cruciais: a) qual o significado do princípio da eficiência aplicado ao Poder Judiciário?; e b) até que ponto a eficiência do Judiciário pode ser aferida, legitimamente, a partir de critérios da administração e da economia, classicamente usados na avaliação do desempenho das atividades empresariais?

[...]

Cremos, todavia, que, nesse ambiente, dever-se-ia preconizar a efetividade do processo e da Justiça, e não apenas a sua celeridade, menos ainda aquela obtida a qualquer preço, é dizer, em detrimento da necessária atenção a outras garantias fundamentais, tão ou quicá, em algumas situações, mais importantes que a própria duração mínima dos processos. O que se pretende, naturalmente, é evidenciar que a duração excessiva dos pleitos é um mal, mas que um processo instantâneo igualmente o é.

Como ferramenta na busca dessa efetividade é que defendemos uma flexibilização procedimental, com possibilidade de alteração até mesmo do pedido e/ou da causa de pedir em caso de alteração do suporte fático que serviu de base para a propositura da Ação.

Antes porém de falarmos sobre a flexibilização, precisamos analisar as regras de estabilização.

Chegamos então à conclusão, ainda parcial, de que, diante da garantia constitucional do acesso à justiça, pode-se falar em um direito de obtenção de uma tutela justa, célere e efetiva, efetividade esta que se traduz no resultado prático produzido.

Concluimos ainda que na aferição da efetividade não são aplicáveis ao processo os mesmos parâmetros utilizados nos âmbitos gerencial e administrativo, razão pela qual merece críticas as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça com análise baseada tão somente em critérios quantitativos, e não qualitativos.

Traçado então o conceito de efetividade, e a importância da análise qualitativa da mesma, passemos então ao estudo dos sistemas processuais rígidos e flexíveis,

conforme as regras de estabilização da demanda, a fim de estabelecer o liame entre a flexibilização procedimental e a efetividade ora estudada.

2. Estabilização da demanda nos sistemas rígidos e flexíveis

Dentro do que foi estudado até este momento, chegamos a conclusão, ainda parcial, de que a garantia do acesso à justiça não se refere tão somente à possibilidade de provocação do judiciário, mas sim à obtenção de uma tutela justa e efetiva, e por outro lado, vimos que a efetividade está relacionada à instrumentalidade do processo, e que um dos instrumentos para obtenção da efetividade da tutela é a flexibilização procedimental.

A flexibilização pode referir-se a diversos aspectos, alguns até presentes em nosso ordenamento, os quais serão estudados no próximo capítulo. Neste momento, porém, iremos nos ater à flexibilidade ou rigidez no que diz respeito à possibilidade de modificação do pedido ou da causa de pedir em caso de alteração dos fatos que deram origem à demanda, deixando as demais hipóteses de flexibilidade para análise no próximo capítulo.

Logo, sempre que falarmos em flexibilização dentro deste capítulo, estamos nos referindo à possibilidade de alteração do pedido e/ou causa de pedir em razão de fato superveniente.

Para adentrarmos na análise da flexibilização procedimental no nosso sistema atual, precisamos traçar um panorama acerca da estabilização da demanda em sistemas rígidos e flexíveis, fazendo um breve comparativo entre sistemas adotados em outros países ou mesmo no Brasil em codificações anteriores.

Devemos frisar que o estudo comparado ocorrerá apenas sobre o necessário para a definição de cada sistema, tendo em vista o escopo deste trabalho¹⁹.

A possibilidade ou não de modificação superveniente da causa de pedir ou do pedido, ou mesmo do procedimento como um todo, dependerá do sistema adotado pelo ordenamento jurídico.

No entendimento de Gajardoni (2007, p. 95), duas são as opções: sistema da legalidade das formas procedimentais, no qual o cabimento e momento adequado de cada ato judicial é previamente estabelecido, podendo a inobservância acarretar na invalidade do próprio ato, do procedimento ou do resultado, e, de outro lado, os

¹⁹Como alerta Gajardoni (2007, p. 125), “a inserção de modelos processuais alienígenas em dado sistema, ainda que exitosas onde implementadas, não vem com garantia de sucesso, visto que as realidades judiciárias e culturais locais acabam por condicionar a eficácia dos modelos simplesmente transplantados de fora, mesma razão que também acaba por não garantir que um modelo ineficaz testado em outro país não possa dar certo no Brasil, operando por aqui os efeitos que por lá se esperavam”.

sistema da liberdade das formas procedimentais, no qual compete aos sujeitos do processo determinar a cada momento qual o ato a ser praticado.

Tanto os sistemas rígidos como os flexíveis, apresentam pontos positivos e negativos, e a escolha por um ou outro modelo reflete opção legislativa, feita de acordo com a melhor técnica processual para determinado momento.

O sistema da legalidade das formas traz em si as vantagens da previsibilidade e da segurança jurídica, porém tem o ponto negativo no que tange à burocracia e à prática de atos desnecessários ou inadequados para a efetivação da tutela jurisdicional. Já o sistema de liberdade das formas apresenta maior celeridade na prestação jurisdicional e adequação do procedimento à efetivação da tutela, porém, pode trazer em si a insegurança jurídica, a imprevisibilidade e a quebra da isonomia se o magistrado, ainda que de forma inconsciente, ceder a influências prejudiciais ao interesse de uma das partes (GAJARDONI, 2007, p. 95).

Impensável um sistema totalmente flexível, que poderia eternizar uma discussão, mas também inadequada seria uma rigidez absoluta, em que a técnica e a formalidade são colocadas acima do direito material e da efetividade da tutela.

O grande cerne da discussão está exatamente em encontrar o ponto de equilíbrio entre a rigidez e a flexibilidade, entre a segurança jurídica e a efetividade.

Dentro de um sistema rígido, o processo é dividido em fases ordenadas, cada uma voltada a um fim específico, havendo um momento a partir do qual não podem mais ser modificadas as deduções postas em juízo até então.

Tal sistema é marcado por prazos peremptórios, preclusões, e pela regra da eventualidade, segundo a qual as questões não trazidas no momento adequado para tanto não mais o poderão ser.

É o sistema tradicionalmente adotado como regra geral em nosso ordenamento.

No Código de Processo Civil de 1939, não se admitia o aditamento da inicial, ainda que antes de ocorrida a citação. Eventuais pedidos excluídos do petitório somente em Ação autônoma poderiam ser pleiteados, nos termos do artigo 157 daquele Código, cuja redação dizia que: quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá, formulá-lo.

Além disso, nos termos do artigo 181 então vigente, uma vez apresentada a contestação, o autor não poderia, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação.

O Código de Processo Civil de 1973 manteve tal regra, segundo a qual, após a apresentação de contestação não pode haver modificação do pedido sem o consentimento do réu, acrescentando ainda, em seu parágrafo único, que, após o saneamento do feito nenhuma modificação será permitida, ainda que a parte contrária consinta²⁰.

Em sua redação original, o artigo 294 do Código de Processo Civil de 1973 repetia também a regra segundo a qual quando o autor houvesse omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderia formulá-lo, redação esta porém que foi modificada pela lei 8.718, de 14 de outubro de 1993, que deu nova redação a mencionado dispositivo, segundo a qual antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

Embora seja nítida a atenuação em relação à codificação anterior, por certo é um sistema que está bem longe de ser flexível.

O atual Código de Processo Civil repetiu o regramento do Código anterior em seu artigo 329, segundo o qual o autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Nosso Código de Processo Civil adotou um sistema de divisão do processo em fases, caracterizado pela rigidez, tendo o legislador a evidente preocupação de estabelecer um momento a partir do qual não se admite, ao menos em regra, a modificação dos elementos da demanda, sistema este marcado por um regime de preclusões, conforme ensina Chiovenda (1965, p. 372).

²⁰Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

A principal crítica que pode ser feita aos sistemas rígidos reside exatamente no escopo do processo, afinal, se a principal finalidade deste é a resolução da lide, com a entrega do bem da vida a quem de direito, não há como aceitar a proibição de novas deduções que espelhem a chamada verdade material daqueles que são os maiores interessados no processo: autor e réu.

A celeridade a ser buscada não deve ser somente a do processo, mas sim a da resolução da questão, de forma definitiva, e por certo nenhuma celeridade pode ser enxergada na necessidade de, após o término de um processo, haver a propositura de outro em razão de um pedido que não pode ser modificado junto com a situação fática. Nesse caso, o primeiro processo, em que pese a celeridade, pode ser inútil para as partes e para a solução do conflito. Porém essa é uma questão da qual trataremos oportunamente.

Nos sistemas flexíveis, a preclusão e a eventualidade são atenuados, havendo maior liberdade às partes no que tange às suas deduções.

A principal preocupação daqueles que são contrários à adoção de um sistema flexível é a observância dos princípios do contraditório e da duração razoável do processo, os quais embora possam parecer incompatíveis com a adoção de um sistema flexível, mostrar-se-ão passíveis de observância também nesses sistemas.

Nos países que adotaram por grande período de tempo o sistema socialista não há, em regra, qualquer rigidez no procedimento.

Nesse sentido destacamos a lição de Moreira Pinto (2002, p. 65):

Nestes ordenamentos, além de se admitir a modificação, pelas partes, do thema decidendum, é enorme o poder do juiz de cambiar a demanda. Entendiam que o magistrado tem de decidir não somente de acordo com o interesse privado, mas principalmente tendo em vista toda a coletividade socialista. Pela relevância pública da relação deduzida em juízo, e sendo tarefa do Estado a assistência social e a tutela coletiva, pode o juiz decidir ultra ou extra petita. Este caráter extremamente flexível se justifica pelos próprios princípios socialistas, notadamente pela relevância pública e pela força estatal concebidas por estes povos.

Nesses sistemas, pode-se dizer que o processo busca, quase que de forma ilimitada, a verdade material.

Por óbvio que um sistema sem rigidez alguma também está longe de ser o ideal, pois um mesmo processo poderia se prolongar indefinidamente, e deduções de natureza diversas poderiam ser objeto de um mesmo feito, o que por certo traria ainda mais dificuldades ao julgador.

Também seguia a orientação da flexibilidade a legislação processual da antiga Alemanha Oriental, sob o argumento de que a condição econômica e social da nação ditava as regras do processo, voltado sempre à justa composição do litígio, ainda que as partes não demonstrassem tal interesse de forma plena.

Porém, nos dizeres de Moreira Pinto (2002, p. 66), tal flexibilização encontrava alguns limites, sendo o magistrado impedido de agir de ofício, e não sendo possível a modificação do pedido, mas tão somente da causa petendi.

Prossegue o autor (MOREIRA PINTO, 2002, p. 68 et. seq.), mencionando que o processo civil inglês também sempre teve como tradição permitir um maior debate entre as partes, a fim de se evitar um precoce julgamento do feito, permitindo a introdução de fundamentos, ainda que não de forma simultânea, durante uma fase inicial, de forma que todos eles serão decididos nesse mesmo processo, evitando a propositura de uma nova ação e aumentando ainda as chances de se obter uma conciliação entre as partes.

O *Civil Procedural Rules*, codificação de 1998 que rege o processo civil inglês, manteve a flexibilidade, visando uma maior possibilidade de conciliação entre as partes e a consequente pacificação.

Para entoar o escopo geral das CPR de permitir às cortes tratar os casos individualmente e de forma justa (R.1.1.1), são estabelecidas diretrizes gerenciais para todos os julgadores: a) identificar as questões envolvidas nos casos, b) resolver as questões simples rapidamente, e estabelecer parâmetros para a resolução das demais questões; c) estabelecer cronogramas das providências que serão adotadas no procedimento, inclusive determinando a ordem em que os atos serão praticados e os seus prazos; e d) controlar o volume de provas, limitando-as ao necessário. (GAJARDONI, 2007, p. 132).

Ainda segundo Gajardoni (2007, p. 133/134), é conferido às partes e ao juiz, escolher o melhor procedimento dentre os estabelecidos pela norma, podendo ainda o magistrado substituir o procedimento escolhido por outro mais adequado, ou até mesmo, dentro do procedimento estabelecido, proceder a uma variação ritual para maior efetividade da tutela.

Outras legislações europeias, ainda segundo Moreira Pinto (op. cit., loc. cit.), que menciona, a título de exemplo, os sistemas suíço e austríaco, possibilitam a introdução tardia de fatos constitutivos, desde que não haja prejuízo à parte contrária. A flexibilização também é característica marcante do sistema polonês, que prevê

como único elemento limitador a competência do juiz da primeira demanda também para seus acréscimos ou modificações.

Rompendo com a rigidez da preclusão vigente até então, o legislador português, em 1997, mitigou tal regra ao permitir a alteração da causa de pedir e do pedido por acordo, ou até mesmo sem o consentimento da outra parte, desde que em sede de réplica.

O novo Código de Processo Civil Português, introduzido pela lei 41/2013, foi mais além ao permitir, em seu artigo 264²¹, a modificação a qualquer tempo se houver concordância do réu, e no artigo 265²², a ampliação ou redução do pedido até o encerramento da 1ª instância se tratar-se de desenvolvimento ou consequência do primeiro pedido.

Além disso, conforme leciona Gajardoni (2007, p. 144), o legislador português adotou, no artigo 265-A, o princípio da adequação formal, segundo o qual quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

Não bastasse, em 16/10/2006 foi instituído o chamado regime processual civil experimental, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilização do processo, mitigando-se o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Trata-se do estabelecimento de um processo comum regulado por lei especial⁵⁹. Cabe registrar que nesse curioso fenômeno o

²¹ Artigo 264.º

Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo

Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.

²² Artigo 265.º

Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo

1 — Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada em consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor, devendo a alteração ou ampliação ser feita no prazo de 10 dias a contar da aceitação.

2 — O autor pode, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo.

3 — Se a modificação do pedido for feita na audiência final, fica a constar da ata respetiva.

4 — O pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, ao abrigo do n.º 1 do artigo 829.º -A do Código Civil, pode ser deduzido nos termos do n.º 2.

5 — Nas ações de indemnização fundadas em responsabilidade civil, pode o autor requerer, até ao encerramento da audiência final em 1.ª instância, a condenação do réu nos termos previstos no artigo 567.º do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa.

6 — É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir desde que tal não implique conconvolação para relação jurídica diversa da controvertida.

ocorrido em Portugal, denominado regime processual experimental, a legislação processual portuguesa implementou um regime processual civil mais simples e flexível, visando privilegiar a participação dos sujeitos do processo, estimulando o contraditório.

Suas características marcantes são a cooperação⁶⁰ e a atribuição de poderes efetivos ao juiz, que assume a direção do processo, aplicando ao caso concreto a regra mais racional. Essas regras são aplicadas somente em tribunais de elevada movimentação processual e serão avaliadas pelo Ministério da Justiça, sendo que, inicialmente, as regras estavam previstas para serem revistas ao final do prazo de dois anos (número 2 do art. 20 do Decreto-Lei nº 108/2006), mas tal dispositivo foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 187/2008.

A lição que se extrai do sistema lusitano é a de que o direito processual português, pautado em certos costumes enraizados no sistema romano-germânico, não estava funcionando a contento, gerando a necessidade haver mudanças capazes de efetivamente atender aos consumidores da Justiça. (ONO, 2015, p. 155/156).

Em junho de 2013, foi aprovado o novo Código de Processo Civil. A matéria relativa à flexibilização procedimental passou a ser disciplinada no seguinte dispositivo: "Artigo 547: Adequação formal. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo".

Ocorre que a mudança legislativa não foi acompanhada de mudança na mentalidade dos aplicadores do direito, o que acabou por minimizar os efeitos práticos da reforma, conforme relata Cabral (2015, p. 156/157):

Observa-se dos anos já percorridos que, na prática, não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma efetiva adesão dos operadores do direito. Assim, os destinatários da norma não souberam ou não quiseram colocá-la em funcionamento, seja por ainda não terem despertado para uma nova perspectiva processual, seja por estarem presos aos paradigmas precedentes da concepção liberal do processo.

Nesse passo, a iniciativa legislativa não surtiu o esperado efeito nos sujeitos processuais, o que comprometeu ou inviabilizou a adoção de uma postura diferente dentro do processo, a fim de possibilitar consequentes benefícios e resultados para a eficiência da justiça. Em resumo, as inovações processuais não foram acompanhadas do que os portugueses chamam de reforma de mentalidade.

Segundo Moreira Pinto (2002, p.68 et seq.), até meados do século XIX, o sistema alemão era marcado por um sistema de preclusões, em que reinava de forma absoluta a regra da substanciação, porém, com a entrada em vigor da ZPO alemã, em 1879, despertou-se grande polêmica, pois de acordo com tal diploma legislativo toda a matéria fática estava dispensada de apresentação na petição inicial, bastando incluir a precisa indicação do objeto, do pedido e do fundamento da pretensão deduzida. Para Cruz e Tucci (1993, p. 75) era o nascimento da teoria da individuação.

A dispensa da matéria fática na petição inicial, e por consequência na contestação, traz ao processo a possibilidade de futura modificação na *causa agendi*.

A principal crítica da doutrina no que se refere à mencionada dispensa de exposição fática residia na dificuldade trazida à defesa do réu, vez que tão somente a delimitação do pedido e da fundamentação mostravam-se insuficientes.

Porém a legislação processual alemã foi novamente reformada, e tendo como principal argumento a busca pela celeridade trouxe novamente a concentração dos atos processuais e da eventualidade.

Outra legislação que já passou pelos dois sistemas, com incontáveis idas e vindas, foi a italiana, que experimentou todas as tendências possíveis, partindo de regras totalmente flexíveis, passando por sistemas rígidos e até mesmo em alguns momentos, com uma legislação de caráter misto, conforme ensina Moreira Pinto (2002, p. 70).

O processo italiano delineado pelo Código de 1865 era extremamente longo e complexo. Antes do início da instrução, as partes poderiam modificar livremente a demanda, suas exceções e conclusões. E até mesmo após tal fase poderiam as partes exercer o *ius novorum*, desde que houvesse “graves motivos”.

A adoção dessa total flexibilidade foi que evidenciou a tradicional separação existente no direito italiano, e adotada em nosso sistema, entre as fases postulatória, instrutória e decisória.

Por outro lado, inegável que a flexibilização total, sem a imposição de qualquer limite ou requisito, pode tornar infundável um processo, além de haver a possibilidade de prejuízos ao princípio do contraditório no caso de introdução tardia de novos elementos.

À luz desse debate, veio então o Código de 1940, fundado nos ensinamentos de Chiovenda, baseado na oralidade e no poder instrutório do juiz, que podia agora limitar e organizar a até então livre participação das partes no processo.

A nova legislação levou o sistema italiano de um extremo a outro, pondo fim à flexibilidade até então existindo, inserindo no ordenamento as regras da concentração e da eventualidade, ambas decorrentes da já mencionada ideia de oralidade proposta por Chiovenda.

Segundo Moreira Pinto (2002, p. 72):

Todavia, em que pesem os avanços da nova regra, talvez por ter representado uma modificação muito radical para a tradição da flexibilidade no ordenamento processual italiano, foram inúmeras as críticas por parte da doutrina. A maior parte delas era formulada em face de uma suposta privatização que teria se operado no processo. Não se concebia um sistema que ficasse o juiz adstrito àquelas razões trazidas inicialmente pelas partes, até mesmo em caráter eventual. Um novo fato constitutivo, se vislumbrado tardiamente, não poderia ser levado em consideração quando da prolação da decisão. Entendia-se que era regra em desacordo com os fins do processo moderno.

Eis então que em 1950 há uma nova reforma processual, e a chamada *novella de 1950* traz a flexibilidade de volta ao sistema italiano, ao permitir às partes a modificação da demanda e das defesas já apresentadas, a interposição de novas exceções, a produção de novas provas documentais e o pedido de novos meios de prova.

A flexibilização agora era ainda maior, pois as mencionadas modificações poderiam ser feitas não apenas até a audiência inicial realizada perante o juiz instrutor, mas também nas fases ulteriores do processo.

O único limite imposto pelo legislador era a observância do princípio do contraditório, ou seja, apenas não se admitiria a modificação dos elementos da ação ou a inserção de novas provas se isso pudesse trazer qualquer prejuízo ao contraditório. Em havendo possibilidade de respeito ao mencionado princípio, qualquer modificação seria possível.

Com a introdução da *novella de 1950* acabava a crítica feita até então àquilo que foi chamado de “privatização do processo”. Poderia o juiz, de acordo com as questões debatidas, desde que respeitado o contraditório, modificar o *thema decidendum*, abrandando, dessa forma, o princípio da demanda.

Porém, as mudanças introduzidas em 1950 não surtiram o efeito esperado, e novamente sob o principal argumento relacionado à demora na prestação jurisdicional, a lei 353, de 26 de novembro de 1990, alterou a redação do artigo 183 do Código de Processo Civil italiano, que trouxe a ideia da chamada *trattazione concentrata*.

Diz o texto da lei: “*Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”²³.

²³ Com base nos fatos alegados, o juiz solicita os esclarecimentos necessários das partes e indica as questões que podem ser tratadas pelas partes.

Ainda conforme os ensinamentos de Moreira Pinto (2002, p. 75), a lei impôs um sistema de preclusões dentro de uma fase preliminar, após a qual novas razões não podem mais ser formuladas.

A fixação de um termo temporal rígido (a realização dessa primeira audiência), impôs um marco preclusivo para as partes, que não poderão modificar os elementos da demanda proposta depois de mencionado momento. Com isso, atingida a fase instrutória, não se permite o regresso àquilo que seria objeto da fase anterior, postulatória.

Vale salientar que a atual rigidez do sistema italiano não é tão inflexível se comparada, por exemplo, com o modelo processual brasileiro, vez que prevê uma fase postulatória maior, admitindo a modificação do pedido ou da causa de pedir até a realização da primeira audiência, ao passo em que no sistema brasileiro, após a citação do réu, só será possível a modificação se houver concordância deste.

2.1 Estabilização objetiva e exceções

Nos termos do artigo 329, I, do Código de Processo Civil, o autor pode modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, até a citação, o que nos leva a concluir que, após o ato citatório, só poderá haver a modificação com a concordância do réu, e é essa a regra trazida pelo artigo 329, II, ao dizer que, com o consentimento do réu, poderá haver a modificação, mesmo que depois da citação, porém desde que antes do saneamento do processo.

Ou seja, após a citação, para a modificação do pedido ou da causa de pedir, exige-se o consentimento do réu, e após o saneamento do processo não será permitida a modificação, ainda que com ela consinta o réu.

Em que pese a redação do artigo 329, II, do Código de Processo Civil, na verdade veremos que há algumas exceções em que mesmo após o saneamento haverá a possibilidade de modificação do pedido e da causa de pedir, e defenderemos no decorrer deste trabalho que a estabilidade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de trazer prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional.

Didier Jr. (2013, p. 489) critica o rigor dado quando do tratamento da estabilização:

Não se nega importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado in concreto e não presumido pelo legislador.

Conforme tal entendimento, em que pese a importância da fixação de limites, a imutabilidade não pode ser absoluta, não devendo prevalecer quando em confronto com a efetividade.

Apesar da existência de um sistema em que predomina a rigidez, marcada pela estabilização e pelas preclusões, o próprio legislador trouxe amplas exceções, de forma a mitigar tal rigidez, com a admissão da modificação da causa de pedir ou até mesmo do pedido em busca de uma maior efetividade, sempre com vistas à pacificação, escopo maior do processo.

Dinamarco (2009, p. 470) chega a afirmar que no Brasil, embora adotada a regra da eventualidade, há exceções previstas no ordenamento de uma amplitude tal, que a regra acaba virando exceção. Passemos ao estudo das principais.

2.2.1 Matérias de ordem pública

Algumas matérias, cuja importância transcende o interesse das partes, foram elevadas à categoria de “matérias de ordem pública”.

Tais matérias, em razão desse interesse maior, podem ser alegadas a qualquer tempo no curso do processo (mesmo após o trânsito em julgado, poderão ser alegadas em sede de ação rescisória), além de poderem ser apreciadas de ofício pelo magistrado, não se exigindo provocação da parte interessada para tanto (artigo 485, §3º, do Código de Processo Civil).

Vejamos o conceito dado por Dinamarco (2013, p. 71):

São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

As normas de ordem pública são também chamadas cogentes, e são de observância obrigatória, não podendo as partes, ainda que por mútuo acordo, dispor

de modo diverso em suas relações, partindo o legislador da convicção de que há certas regras cuja aplicação não podem ser deixadas ao arbítrio individual sem que haja com isso um prejuízo à sociedade.

Por outro lado, as normas que podem ser modificadas pelas partes são chamadas dispositivas, que por sua vez subdividem-se em permissivas e supletivas.

Quanto a essa diferenciação em normas cogentes e dispositivas, Dinamarco (2013, p. 71) nos brinda com interessante exemplo:

Há normas processuais sobre competência que se relacionam intimamente com a estrutura do Poder Judiciário e cujo cumprimento é reputado essencial para a manutenção da ordem idealizada pelo constituinte e pelo legislador; tais normas estabelecem a competência absoluta, que não deve ser violada em hipótese alguma (v.g., competência da Justiça Federal ou das estaduais comuns – Const., art. 109). Mas há também normas sobre competência que correspondem a meros critérios pragmáticos, às vezes visando a facilitar a defesa de uma das partes e que, se violadas, nem por isso se compromete a qualidade do serviço jurisdicional ou a estrutura judiciária (v.g., a competência do foro em que o réu tem domicílio – CPC, art. 94); é por isso que nesses casos a competência se diz relativa e em certas circunstâncias pode ser alterada pela vontade das partes. Outro exemplo são as nulidades, que se dividem em absolutas e relativas segundo critérios substancialmente coincidentes com esses descritos (CPC, arts. 84, 246, 398 etc.).

Esse interesse público é que justifica a exceção à estabilização da demanda, ou seja, ainda que a matéria não tenha sido alegada oportunamente, não haverá preclusão, admitindo-se a alegação posterior, até mesmo de ofício pelo magistrado caso não seja alegada por nenhuma das partes.

2.2.2 Inovação em sede de apelação (artigo 1.014 do CPC²⁴)

Desde que prove não o ter suscitado por motivo de força maior, é permitido ao recorrente, nos termos do mencionado artigo 1.014, trazer ao processo fatos novos por ocasião do recurso de apelação.

A lei também não proíbe que o documento trazido na apelação refira-se a fato ocorrido antes mesmo da propositura da Ação, desde que provado que não foi apresentado antes por motivo de força maior (DIDIER JR., CUNHA, 2016, p. 190/191).

²⁴Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

A regra que veda a alegação de fato novo em segunda instância é corolário da boa-fé objetiva e da lealdade processual, e exemplo de aplicação prática do princípio da não-surpresa, como forma de garantia, inclusive, do exercício do contraditório pela parte contrária.

Em que pese tal fundamentação, embora a admissão de fatos ou provas novos seja excepcional, deve-se estar atento para que a rigidez excessiva não torne inútil a tutela ao final concedida, sempre com observância porém da oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, e evitando-se a chamada surpresa processual.

2.2.3 Sentença homologatória de acordo (artigo 515, §2º, do CPC)

Ao tratar dos títulos executivos judiciais, o artigo 515 do Código de Processo Civil traz em seu §2º a regra segundo a qual a autocomposição pode envolver terceiro até então estranho ao processo, bem como versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

Tal dispositivo traz em si uma exceção à estabilidade da demanda em seus dois aspectos, subjetivo e objetivo, vez que permite a inclusão de terceiros estranhos ao processo, bem como a ampliação do objeto da demanda.

Imaginemos como exemplo uma ação de divórcio e partilha de bens proposta, na qual não incluiu o autor a questão da guarda dos filhos menores nem dos alimentos a serem fixados em favor dos mesmos, optando pela discussão de tais questões oportunamente em ação autônoma.

O processo de divórcio segue então seu rito, com a citação da ré, audiência de conciliação infrutífera, contestação, saneamento e designação de audiência de instrução e julgamento.

Antes da abertura da audiência de instrução, o magistrado propõe que as partes cheguem a um acordo, e ao contrário da primeira audiência, dessa vez a conciliação é frutífera, acordando as partes quanto à partilha de bens e já também constando do acordo as regras quanto à guarda, regulamentação de visitas e alimentos fixados aos filhos menores.

Note-se que pela regra geral da estabilização objetiva da demanda, como o feito já foi saneado, não cabe a modificação do pedido, ainda que com o consentimento do réu. Entretanto, no caso de conciliação, as partes podem incluir novas questões, ainda que não discutidas até então, nos termos do artigo 515, §2º, do CPC.

A regra atende à ideia de celeridade e de pacificação, não havendo sentido em impedir-se uma homologação que irá satisfazer ambas as partes tão somente por uma questão de opção legislativa de estabilidade. Além de satisfazer a necessidade das partes, tal homologação evitou no caso a propositura de três novos processos a movimentar a máquina do judiciário (guarda, regulamentação de visitas e alimentos).

2.2.4 Fatos que o juiz entenda relevantes no momento da decisão

Dispõe o artigo 493 do Código de Processo Civil que se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Há na doutrina grande discussão acerca do alcance de tal disposição legal.

Para uma corrente mais restritiva, da qual são adeptos Nelson Nery Jr. e Arruda Alvim, não pode tratar-se de uma nova causa de pedir, devendo o fato novo constituir simples elemento do fato descrito na inicial.

Por outro lado, para uma corrente mais ampliativa, capitaneada por José Roberto dos Santos Bedaque, o fato superveniente deve ser considerado, ainda que implique nova causa de pedir, sendo a regra uma clara exceção à estabilização objetiva da lide.

Trata-se de reprodução de regra estampada no artigo 462 do Código de Processo Civil de 1973, e há mais de 30 anos, Lacerda (1983, p. 12/13) já advertia para a importância das inovações trazidas pelo dispositivo em questão:

O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de se eliminar o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial.

Conforme vimos anteriormente, o nosso processo civil é marcado pelas características da rigidez e da divisão em fases, não se permitindo, como regra, o retrocesso a fases anteriores sem que haja determinação legal para tanto.

Entretanto, nota-se que o artigo 493 é uma exceção à estabilização, vez que o juiz deve levar em consideração fatos supervenientes, não havendo nenhuma ressalva quanto à modificação do pedido ou da causa de pedir.

Ademais, uma interpretação ampliativa de tal possibilidade de modificação está de acordo com a visão instrumental do processo, já que tem como consequência o aproveitamento de um processo para a concessão de uma tutela efetiva e útil àquele que dela necessita, ao passo que em se negando a possibilidade de modificação da causa de pedir, não restaria ao autor outra solução que não a propositura de nova ação.

A adoção de uma interpretação que levasse a uma maior flexibilização sempre foi defendida por Bedaque (2010, p. 138/139):

A partir dessa premissa, não parece adequada a interpretação que a doutrina vem dando ao art. 462 do CPC. A ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo novo deve ser levada em conta pelo juiz, ainda que implique modificação da causa de pedir. Trata-se de exceção à estabilização da demanda, justificável pela verificação do fato novo. Para legitimar o julgamento fundado na nova causa, basta seja reaberto o contraditório, inclusive para possibilitar a produção de prova. Aproveita-se o mesmo instrumento para solucionar a crise de direito material à luz de fato inexistente no momento da propositura da demanda. A demora maior para a conclusão do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda.

Advirta-se, porém, que não se defende uma flexibilização total, com eliminação das fases processuais estabelecidas pelo legislador como método de trabalho, mas tão somente uma flexibilização das mesmas em casos excepcionais quando necessário para que o processo atinja o seu objetivo maior de pacificação, e em nome da efetividade.

Mencionada flexibilização já é adotada em favor do réu, nos ditames do artigo 342 do Código de Processo Civil²⁵.

O momento oportuno para apresentação das alegações referentes à defesa do réu é, em regra, o da apresentação da contestação, tornando-se incontroversos os

²⁵Art. 342: Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

fatos alegados pelo autor e não impugnados pelo réu. Entretanto, faz-se necessário nesse momento um breve estudo das exceções elencadas no mencionado artigo 342 do Código de Processo Civil.

Evidente que, como já visto em tópico anterior, caso se trate de matéria cognoscível de ofício, a omissão do réu será irrelevante, podendo a objeção ser conhecida a qualquer tempo, conforme estudado em tópico anterior, regra esta reforçada no artigo 342, II, do Código de Processo Civil.

Entretanto, além das questões de ordem pública, o artigo 342 do Código de Processo Civil traz mais duas exceções, em que se permite a dedução de novas alegações em momento posterior à contestação:

No inciso I, permite-se a apresentação de novas alegações após a contestação quando relativas a direito ou a fato superveniente.

Mencionado inciso sofreu uma sutil, porém relevante, alteração no novo Código de Processo Civil, ao permitir a modificação não apenas em razão de direito superveniente, mas também quando surgirem fatos que podem influir na decisão da lide.

Mais uma vez, é a técnica dando vez à instrumentalidade, diminuindo a rigidez do princípio da eventualidade e da força da preclusão.

Se por um lado defendemos a possibilidade de flexibilização em favor do autor, o mesmo deve ocorrer em favor do réu, preservando-se a isonomia das partes no processo, vez que a flexibilização jamais pode significar inobservância dos princípios que regem nosso processo.

Inclusive a atenção deve ser redobrada quando o direito ou fato superveniente favorecer o réu, pois caso a modificação favoreça o autor, nada impedirá que, caso não admitida a modificação da causa de pedir, possa o mesmo propor uma nova ação lastreada nesses novos fatos que impliquem nova causa de pedir, mas, por outro lado, caso não admitido fato ou direito superveniente que favoreça o réu, havendo julgamento em favor do autor, o prejuízo ao réu será maior, pois não poderá discutir em nova ação matéria acobertada pelo manto da coisa julgada.

Diante da finalidade do processo como instrumento para realização do direito material, deve-se aproveitar a relação processual já instalada e instruída para resolver a questão de forma definitiva, com a pacificação do conflito entre as partes.

Já o inciso III admite a dedução de novas alegações após a contestação quando houver expressa disposição legal permitindo a alegação a qualquer tempo, como ocorre por exemplo com a prescrição.

Essa opção do legislador acaba reduzindo a rigidez procedimental, e para o professor Dinamarco (2009, p. 470) transforma a exceção em regra, pois são reduzidas as hipóteses em que não se admite a suscitação após a contestação.

Dessa forma, deve-se dar uma interpretação ao artigo 493 do Código de Processo Civil que leve em consideração a efetividade do processo, enxergando-se nele uma exceção à regra da estabilização da demanda diante das necessidades do caso concreto.

Neste ponto, vale a transcrição da lição de Didier Jr. (2016, p. 660):

A flexibilidade que a lei confere à regra da eventualidade, quando aplicada ao réu, não encontra precedente em favor do autor, limitado que está às regras de estabilização do processo prevista no art. 329 do CPC. Assim, em homenagem ao princípio da isonomia processual, convém que o art. 493 do CPC, que cuida do fato superveniente relevante para o deslinde do feito, seja interpretado com certa elasticidade, para permitir, também e em certas circunstâncias, uma quebra da eficácia preclusiva da regra da eventualidade em favor do autor.

Falaremos mais adiante dos limites que devem ser observados por tal interpretação, para preservação da técnica e do sistema processual vigente como um todo.

2.2.5 O tratamento das ações possessórias

Ao tratar das ações possessórias o legislador pátrio optou por um sistema mais flexível, em razão do dinamismo das situações em que a posse é discutida.

Sendo a posse baseada essencialmente em uma situação de fato, a mesma pode sofrer modificações a qualquer momento.

Ab initio, o artigo 1210 do Código Civil elenca as tutelas aptas para a proteção do possuidor, a saber: a manutenção na posse, em caso de turbação (atentados fracionados à posse);

a reintegração de posse no caso de esbulho (atentado consolidado à posse) e, por fim,

o interdito proibitório, em caso de ameaça à posse.

O artigo 554 do Código de Processo Civil, por sua vez, traz a regra da fungibilidade entre as tutelas possessórias.

Sobre a razão da fungibilidade, Fabrício (1980, p. 392) ensina que o possuidor busca proteção em face do ato praticado contra sua posse, tendo a finalidade de paralisar a ação ofensiva, quaisquer que sejam as consequências já produzidas ou não, e tal medida poderá ser concedida ainda que o autor não tenha indicado a forma de proteção adequada.

Também sobre o sistema de fungibilidade adotado nas ações possessórias, leciona Cruz e Tucci (1993, p. 145) que o legislador levou em conta as peculiaridades da situação de direito material, em especial o dinamismo que conota a violação à posse.

Seja em razão da efetividade, do dinamismo das relações possessórias ou da dificuldade de identificação da espécie de moléstia, a verdade é que há uma flexibilização da regra da estabilização da demanda, podendo a parte, no curso do processo, variar seu pedido entre a manutenção e reintegração da posse, ou até mesmo o interdito proibitório, não havendo sequer necessidade de provocação da parte, podendo o juiz conceder de ofício a medida adequada, ainda que outra tenha sido a pleiteada.

Sob a ótica da efetividade e do dinamismo das relações fáticas, por óbvio que a regra deveria estender-se a outras relações.

Se o dinamismo das relações envolvendo a posse inspirou o legislador a admitir a fungibilidade entre as tutelas possessórias, permitindo a modificação do pedido em razão da modificação dos fatos, sem dúvida que tal pensamento hoje deve aplicar-se também a outras relações, tão ou mais dinâmicas que a própria questão da posse à época de sua regulação.

Vivenciamos hoje aquilo que Bauman (2001, p. 8) conceituou como modernidade líquida²⁶.

²⁶“O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a muda-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas.”

Essa sociedade dita líquida, faz com que nossa vida também assuma tal característica, nos dizeres de Bauman (2007, p. 7):

A “vida líquida” e a “modernidade líquida” estão intimamente ligadas. A “vida líquida” é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido-moderna. “Líquido-moderna” é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e a da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente.

Por certo, as situações fáticas postas em juízo não fogem a essa liquidez.

Àquilo que o autor se refere como descrições líquidas representam as condições fáticas em constante mudança, e por isso utiliza-se da metáfora ao dizer que tal descrição equivale a uma foto instantânea, que precisa ser datada, já que com o passar do tempo modificar-se-á.

Não se está a defender com isso a adoção de um “processo líquido”, sem rigidez alguma, mas tão somente a flexibilização, ou elasticidade, a fim de adequar o processo à situação fática que lhe é subjacente, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo sistema processual de forma geral.

Esse foi o raciocínio utilizado pelo legislador quando do tratamento das ações possessórias, qual seja, a possibilidade de modificação de elementos do processo (especificamente pedido e causa de pedir) para adequação à situação fática que, como um líquido, alterou-se em tempo menor que o do processo.

Uma tutela concedida 10 anos após seu requerimento em juízo pelo autor pode não lhe ser mais útil, tendo em vista as modificações de ordem fática que podem ocorrer nesse interim.

Por tal razão, hoje, o mesmo raciocínio que levou o legislador ao tratamento diferenciado nas questões envolvendo posse, deve ser por ele ampliado, a fim de que a tutela concedida pelo Estado seja útil e eficaz àquele que dela necessita, fazendo com que a máquina do judiciário não seja movimentada por anos e ao final em nada contribua para a solução do conflito e a pacificação social.

A sentença proferida deve refletir a relação jurídica existente entre as partes no momento em que é prestada a tutela, sendo inócua a decisão que espelhe uma situação existente há anos atrás, sem correlação com o panorama atual.

2.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade

O Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, no qual coexistem um controle difuso, feito em um caso concreto em que a inconstitucionalidade é causa de pedir, e um controle concentrado, feito pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar abstratamente a validade de uma norma perante a Constituição Federal, sendo a inconstitucionalidade, nesse segundo caso, o pedido do autor, cuja causa de pedir pode consistir em um vício material ou formal.

No que tange ao controle concentrado, o tribunal não está vinculado à causa de pedir na forma como proposta pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade ainda que se valendo para isso de motivo diverso do invocado.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal²⁷:

Como é sabido, na ação direta de inconstitucionalidade, cujo processo é objetivo, sem partes propriamente ditas, o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão política de guardião da Lei Maior da República, não está cerceado por limites meramente processuais, como os relacionados com a “causa petendi”, que se observam, em princípio, na solução de lides “inter partes” e no exercício do dever de prestar jurisdição. Assim, os fundamentos da inicial, que, em princípio, no processo jurisdicional, integram a “causa petendi”, podem ser desconsiderados na ação direta de inconstitucionalidade, e, em seu lugar, adotados outros, segundo o entendimento da Corte. Quanto a isso, é pacífica sua jurisprudência.

Com tal entendimento, além de colocar acima de tudo o respeito das normas à Constituição Federal, evita-se a propositura de um pedido idêntico (inconstitucionalidade) motivado em fundamento diverso, já detectado no momento da primeira ação.

Essa interpretação consagra a efetividade e a celeridade.

Sendo a Constituição Federal nossa *lex major*, se o Supremo Tribunal Federal detecta afronta à mesma, ainda que não alegada por quem propôs a ação, poderá reconhecê-la e declarar a inconstitucionalidade da norma.

Bastos (1999, p. 409/410) fala sobre as especificidades das ações que têm por objeto a constitucionalidade de leis infraconstitucionais, que nem sempre se submetem aos princípios da atividade jurisdicional em geral em razão de seu caráter objetivo.

²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1358-1, DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 04/02/2015, p. DJE e DOU 27/02/2015

Cruz e Tucci (1993, p. 85), ao falar sobre a causa de pedir aberta, e valendo-se dos estudo de Schwab, nos brinda com interessante exemplo:

Se o autor reclama do demandado a devolução de um piano, fundando a sua demanda no direito de propriedade e o réu contesta tal direito, mas afirma que, na verdade, possui o bem reivindicado por força de contrato de locação celebrado com o autor, não haverá nova demanda se o requerente modificar o respectivo fundamento, passando a alicerçá-la no término do contrato de locação, uma vez que o *petitum* – restituição do piano – resta imodificado.

Adaptando o exemplo apresentado à ação direta de inconstitucionalidade, pensemos numa ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República sob a alegação de vício formal. Após a instrução do caso verifica-se que o vício alegado, na verdade, é inexistente, porém a lei em questão tem um vício material, ou seja, a forma como regula determinada matéria vai em sentido contrário às determinações constitucionais.

Se pensarmos na estabilização da lide e impossibilidade de modificação de seus elementos, a ação deveria ser julgada improcedente e proposta nova ação na qual fosse discutido o vício material, porém, com o entendimento de que o tribunal não está vinculado à causa de pedir, pode o mesmo afastar o vício formal alegado pelo autor, mas ainda assim julgar procedente o pedido, com fundamento no vício material não alegado.

Dessa forma, a tutela é efetiva, declarando com muito maior celeridade a inconstitucionalidade, impedindo desde logo que a mesma continue a produzir os seus efeitos.

Podemos falar ainda em preservação da segurança jurídica, pois os efeitos da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade são retroativos, extirpando a norma do ordenamento como se ela nunca tivesse existido.

Por tal razão, se houvesse a necessidade de propositura de nova ação, a norma inconstitucional continuaria a produzir seus efeitos, regulando situações que posteriormente teriam de ser desfeitas em razão da retroatividade dos efeitos, em regra, da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda que exista a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão posterior para preservar relações anteriores com base na segurança jurídica, por óbvio que tal solução deve ser secundária em relação à retirada imediata da norma do ordenamento quando detectada a inconstitucionalidade.

Sob este prisma é que chegamos então a mais uma conclusão parcial de que a flexibilização deve se estender a outras hipóteses caso se mostre necessário, sendo tal flexibilização importante instrumento para garantia da celeridade e da efetividade, tornando desnecessária a propositura de novas ações quando possível a observância do contraditório e a concessão da tutela de plano, colocando-se a técnica a serviço da efetividade e da celeridade, e não o contrário.

3. Flexibilização procedimental no Código de Processo Civil

A flexibilização do procedimento constitui importante ferramenta de adequação do processo às peculiaridades do caso concreto.

Quando adotamos a ideia do processo constitucionalmente analisado, que deve garantir o acesso à justiça, que por sua vez tem como pressuposto a prestação de uma tutela justa, célere e efetiva, devemos nos valer dos instrumentos disponíveis para obtenção de tal resultado.

Conforme ensina Bedaque (2011, p. 74):

Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do

procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual.

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.

No mesmo sentido, Cambi e Neves (2015, p. 7) defendem que o direito fundamental a uma tutela célere, justa e efetiva pressupõe um procedimento que se adeque às especificidades da situação fática levada a juízo.

Antes de adentrarmos nos instrumentos de flexibilidade presentes no nosso Código de Processo Civil, necessário esclarecer que esta não deve ser confundida com outro princípio do processo civil: a instrumentalidade das formas, segundo o qual, ainda que preterida a forma legal, será o ato considerado válido desde que atingida a finalidade, conforme disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil²⁸.

A principal diferença entre a instrumentalidade das formas e a flexibilidade procedimental é que a primeira tem aplicação em casos de violação da norma processual, ou seja, há uma determinada forma, prevista em lei, que deveria ser seguida, obrigatoriamente, e não o foi, ao passo em que na flexibilização procedimental a própria norma deixaria a lacuna aberta para preenchimento pelo aplicador do direito²⁹.

Gajardoni (2007, p. 157 et seq.) entende serem três os meios de se adotar a flexibilização procedimental.

A primeira possibilidade é a flexibilidade legal, em que a própria lei concede ao magistrado a faculdade de adequar o procedimento às especificidades da causa:

De fato, disposição legal pode autorizar o juiz a proceder a adaptação do procedimento à causa. Esta autorização pode ser incondicionada (como o fez

²⁸Art. 188: Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

²⁹“a instrumentalidade não se confunde com a flexibilização. O procedimento processual civil brasileiro adota o sistema da legalidade das formas em que o modo, o local e o tempo que os atos processuais se realizarão encontram-se minuciosamente pré-estabelecidos em lei. Nesse contexto, uma hipotética violação a essas regras poderia incorrer em uma nulidade, ou não, a depender dos resultados gerados, se compatíveis ou não com a finalidade essencial do procedimento. A flexibilização pressupõe a adequação do procedimento às particularidades do caso concreto sem que isso seja considerado uma violação ao ordenamento jurídico vigente. Ou seja, enquanto a análise da instrumentalidade impõe a ocorrência de uma violação, a flexibilização advém de uma permissão legal.” (ONO, 2015, p. 670)

o legislador português no já estudado art. 265-A do CPC luso, sob o nome de princípio da adequação formal), hipótese em que a norma deixa a critério do julgador a variação procedimental adaptadora, sem indicá-la expressamente; ou pode o legislador prever tramitações alternativas para a causa⁴²⁹, casos em que o juiz, conforme as opções previamente postas na legislação, elege a que pareça ser mais adequada para a tutela do caso em concreto⁴³⁰, não podendo, todavia, escolher outra fora do rol legal. (GAJARDONI, 2007, p. 157/158)

Na primeira hipótese, adotada pelo legislador português, temos a flexibilidade genérica, e no segundo, a chamada flexibilidade procedimental alternativa.

Outro sistema é o da denominada flexibilidade procedimental judicial, no qual o aplicador do direito molda o procedimento, independentemente de previsão legal.

Ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competiria ao juiz, com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo. Trata-se de modelo muito próximo ao da liberdade das formas, diferenciando-se dele, todavia, pelo caráter subsidiário de incidência. Neste regime, a flexibilização judicial só se daria em caráter excepcional e mediante uma série de condicionamentos, restando, pois, preservado o regime da legalidade das formas como regra. No regime da liberdade das formas a regra é que o juiz, em todos os procedimentos, delibere sobre o iter. (GAJARDONI, 2007, p. 158)

Por fim, há o sistema da flexibilização voluntária, em que as próprias partes constroem o procedimento para a solução da lide, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos.

Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso país se filiou, preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental, com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização. (GAJARDONI, 2007, p. 158)

Exemplo de flexibilização procedimental legal é a prevista no artigo 139, VI³⁰, do Código de Processo Civil, que permite ao magistrado a dilação de prazos e a inversão da ordem de produção dos meios de prova quando tal providência se mostrar adequada.

Mencionado dispositivo, além de permitir a flexibilização, traz expressamente em seu texto a finalidade de tal permissão, relacionando-a com a efetividade da tutela, o que vai de encontro a todo o exposto e defendido até o momento neste trabalho.

³⁰Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Outro exemplo em que pode ser utilizada a elasticidade encontra-se no próprio artigo 493 do Código de Processo Civil anteriormente estudado, cuja interpretação deve ser ampla, a fim de flexibilizar o procedimento com vistas à efetividade.

Podemos citar ainda o §7º do artigo 357³¹ ou o tratamento da execução das obrigações de fazer³².

Porém, a grande novidade do Código de Processo Civil em termos de flexibilização foi a previsão de modalidade de flexibilização procedimental voluntária nos artigos 190³³ e 191^{34 35}.

O artigo 190 traz a figura do chamado “negócio processual”, no qual as partes podem estabelecer aspectos do procedimento da forma que melhor atenda à solução

³¹§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

³²Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

³³Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

³⁴Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.
§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.
§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

³⁵“Desse modo, o novo Código de Processo Civil, nos arts. 190 e 191, acolhe a chamada cláusula geral de negócios jurídicos processuais, para assimilar fontes jurídicas autônomas, que permitem a imediata participação e elaboração de normas pelos destinatários principais do direito a ser aplicado. Em que pesem as fontes autônomas já existirem em vários ramos do direito, como no direito do trabalho, mediante a previsão constitucional de celebração de acordos e convenções coletivas - os primeiros, entre empregador e sindicato representativo da categoria profissional; as segundas, entre sindicatos representativos da categoria econômica e profissional -, agora ganham maior força no direito processual civil, para se somar a outras possibilidades tradicionais em que se admitia a autonomia da vontade na elaboração de normas jurídicas (v.g., na estipulação de cláusula de eleição de foro prevista nos arts. 111 do CPC/1973 e 63 do NCPC ou na distribuição convencional do ônus da prova pelas partes dos arts. 333, parágrafo único, CPC/1973 e 373, § 3.º, do NCPC).” (CAMBI e NEVES, 2015, p. 12)

da demanda, podendo por exemplo alterar a ordem dos atos processuais, suprimir atos desnecessários ou dilatar prazos.

Já o artigo 191 estabelece a possibilidade das partes, em conjunto com o magistrado, estabelecerem um calendário processual, fixando em conjunto datas para realização de perícias, audiências, apresentação de peças ou juntada de documentos.

Como já defendido anteriormente, a flexibilidade, ainda que voluntária, não pode ser absoluta, devendo observar limites impostos pelo sistema processual como um todo. Quanto aos limites à autonomia das partes na celebração do negócio jurídico processual ou mesmo na fixação do calendário processual, já se manifestaram Cambi e Neves (2015, p. 13) sobre três limites a serem fixados: disponibilidade do direito litigioso, isonomia das partes e observância das normas gerais do processo.

De forma semelhante, Greco (2007, p. 4) também elenca os mesmos limites à flexibilização.

Ao lado de tais dispositivos, podemos citar também a possibilidade de saneamento conjunto do processo, nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 357 do Código de Processo Civil³⁶

Todos os dispositivos mencionados servem como exemplo de aplicação prática do chamado princípio da cooperação, segundo o qual todos os envolvidos com o processo devem cooperar para a obtenção de uma tutela justa e efetiva em tempo razoável³⁷.

Nos dizeres de Cambi e Neves (2015, p. 16) há, no atual Código de Processo Civil, uma tentativa de aproximação dos sujeitos processuais na formação de um processo cooperativo, alterando a ideia de relação triangular do processo, conduzindo o magistrado um diálogo processual.

³⁶Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

³⁷Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Temos porém de ter cuidado para não cair no mesmo erro cometido pelos aplicadores portugueses, que não transformaram a forma de pensar o processo na mesma medida em que a legislação, o que se traduziu em efeitos práticos mínimos.

Como ressaltado por Cambi e Neves (2015, p. 17), as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil serão inócuas se não for acompanhada de uma mudança na mente dos sujeitos processuais e dos operadores do direito como um todo.

Entretanto, em que pese o avanço em relação à previsão de tais dispositivos, que vão de encontro à adoção de um procedimento flexível, no Código de Processo Civil, muito se perdeu durante a tramitação do Projeto nas Casas Legislativas, conforme veremos na sequência.

3.1 A flexibilização e o trâmite legislativo do Código de Processo Civil

O projeto do novo Código de Processo Civil previa em sua redação originária (projeto 166/2010 do Senado Federal) a possibilidade de modificação do pedido ou da causa de pedir até a sentença, adotando dessa forma um sistema flexível.

O objetivo de conferir uma maior efetividade à tutela jurisdicional, bem como o de aderência do procedimento à realidade fática, já eram perseguidos pela comissão de juristas no Senado, como salienta Ono (2015, p. 674/675):

As propostas de mudanças introduzidas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, formulada pela comissão de juristas, fundaram-se, de modo geral, na busca pela eficiência da tutela jurisdicional. Eficiência esta que tem se evidenciado inconsistente quando analisada do ponto de vista do sistema processual civil vigente, seja por conta do enfraquecimento da coesão entre as suas normas provocado pelas significativas alterações efetuadas no código a partir dos anos de 1994 e 1995, seja devido a sua omissão diante das necessidades sociais. Constatado tais fatos, o trabalho da comissão voltou-se para a identificação e manutenção de dispositivos do CPC/1973 cujos efeitos ainda geram resultados positivos, a diminuição da complexidade em prol de um processo mais célere e justo e a instrumentalização do processo com o escopo de assegurar o cumprimento do direito material. Desse modo, as atividades realizadas pela comissão tomaram como diretrizes os seguintes objetivos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela

realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Nota-se que os objetivos traçados reforçariam todo o exposto até o momento, de estabelecer uma sintonia com a Constituição Federal, além de prezar pela efetividade da tutela e acompanhamento da situação fática que deu origem ao processo.

Seguindo essa tendência, os artigos 107 e 151 do Projeto dispunham que:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Art.151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

§1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Iniciada tramitação, tais dispositivos causaram diversos celeumas e críticas oriundas de diversas manifestações enviadas à Casa legislativa.

Os Senadores Francisco Dornelles e Adelmir Santana propuseram as emendas de nº 15, 16 e 21 objetivando a supressão de tais artigos do projeto. Os principais argumentos que justificaram essa proposição foram os de que o procedimento integra a noção de devido processo legal; de que a mudança do procedimento pelo juiz constituiria uma arbitrariedade; de que as regras processuais são normas de direito público que servem para conter o poder do juiz e orientar a estratégia de defesa da parte; e de que houve um desvirtuamento das regras inglesas que serviram de inspiração para a elaboração desses dispositivos uma vez que naquelas o legislador britânico se atentou em apresentar um rol específico e detalhado dos poderes conferidos ao juiz, enquanto que nesses não houve a delimitação da atuação do magistrado ficando ao seu arbítrio o poder de alterar regras.

Em audiência pública realizada em 2 de dezembro de 2010, o jurista Antônio Claudio da Costa Machado expôs críticas contra tais dispositivos que, no seu entendimento, outorgavam excessivos poderes aos juízes de primeira instância; advertiu sobre os riscos que o processo civil estava correndo de se tornar um instrumento autoritário; e, apontou a tendência do processo civil em se transformar em um processo do trabalho em que cada juiz “acaba aplicando o código de processo que tem na sua cabeça”.

Diante das discussões suscitadas pela inclusão da matéria da flexibilização procedimental nos referidos dispositivos pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, as emendas de nº 15 e 16 foram parcialmente acolhidas no sentido de limitar a flexibilização do procedimento pelo juiz a duas hipóteses: aumento de prazos e inversão do ônus de prova³⁹. Quanto à emenda de nº 21, essa foi totalmente acolhida no sentido de suprimir a redação do art. 151, §1º, do Anteprojeto por tratar de matéria idêntica ao art. 107, V40. O argumento central que resultou na mitigação da flexibilização voltou-se,

basicamente, para a tese de que a ampla adequação do procedimento pelo juiz, frente às peculiaridades do caso concreto, geraria insegurança jurídica. O substitutivo apresentado pelo Senado Federal passou então a disciplinar a matéria do seguinte modo:

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

Nesta fase então a flexibilidade restringiu-se à possibilidade de dilação de prazos e inversão da ordem das provas.

Já na Casa revisora, onde tramitou como projeto de lei 8046/2010, não houve sensíveis modificações nos dispositivos em estudo, havendo porém a inclusão da possibilidade da convenção processual, estudada em tópico anterior.

A grande modificação ocorrida na Casa revisora porém foi a que alterou a redação do artigo 314³⁸.

O dispositivo traduzia a ideia de efetividade e instrumentalidade neste trabalho defendida.

Veja-se que além de permitir a modificação do pedido ou da causa de pedir até a sentença, o próprio legislador já traçava as balizas para evitar uma flexibilidade absoluta ao trazer como requisitos a boa-fé, a ausência de prejuízo no caso concreto e a preservação do contraditório.

O dispositivo era expresso inclusive no sentido de permitir a produção de prova suplementar, referente à modificação introduzida.

A única crítica ao dispositivo é a menção expressa à possibilidade do autor pleitear a modificação, pois como já vimos, a superveniência pode ser também de interesse do réu, referente à matéria não alegada oportunamente em sede de defesa. Assim, até mesmo por uma questão de isonomia, tal direito deveria também ser estendido ao réu.

Ocorre que lamentavelmente, o que parecia um avanço, foi deixado de lado quando o artigo 314 foi retirado do projeto substitutivo nº 8.046/2010, da Câmara dos Deputados, e acabou por trazer em sua redação final, no artigo 342 regra que repete

³⁸Redação original do artigo 314 no anteprojeto: o autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé, e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único: Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

a legislação da codificação anterior, permitindo ao autor a modificação antes da citação ou, após a citação e antes do saneamento se houver consentimento do réu.

Nota-se que a flexibilização foi tratada de forma diversa nas diferentes fases do processo legislativo de criação do NCPC. Inicialmente, no Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas foi apresentada a chamada “flexibilização procedimental legal genérica”, atribuindo ao juiz o papel de perceber e adaptar o processo diante das especificidades do caso concreto. No Senado Federal – a Casa iniciadora –, a matéria da flexibilização, alvo de muitas críticas, foi restrita à dilatação de prazos processuais e alteração da ordem de produção de prova. Na Câmara dos Deputados – a Casa revisora –, houve uma inovação no sentido de ampliar a participação das partes na condução do processo a partir da chamada “flexibilização voluntária das regras de procedimento”. A flexibilização no Novo CPC alinha-se a este último posicionamento. (ONO, 2015, p. 682)

No entendimento de Cambi e Neves (2015, p. 11), ao qual nos filiamos no presente trabalho, essa recalcitração por parte do legislador não impede a aplicação de uma flexibilização ampla, com vistas à efetividade³⁹.

3.2 Limites à flexibilização defendida

Conforme visto, não há sistemas puros totalmente flexíveis ou totalmente rígidos, mas apenas ordenamentos com tendência a uma maior flexibilização ou rigidez.

Ainda que defendamos a adoção de um procedimento mais flexível, inclusive com possibilidade de modificação do pedido e/ou da causa de pedir se a situação fática assim exigir, tal elasticidade, por decorrer do sistema processual como um todo, submete-se aos limites impostos por esse mesmo sistema.

Antes mesmo do trâmite legislativo do atual Código de Processo Civil, Gajardoni (2007, p. 103/104) já estabelecia, a fim de evitar um sistema inseguro e imprevisível, alguns limites para a flexibilização, quais sejam: a existência de um

³⁹“Nessa dimensão hermenêutica, não se pode concluir que a alteração do Anteprojeto procedida pelo Senado Federal, mantida pela Câmara dos Deputados, aprovada e sancionada no NCPC, represente óbice à mais ampla flexibilização procedimental judicial, uma vez que, como determina o próprio CPC/2015, o processo civil deve ser interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1.º), além de o juiz ter o dever de, ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum para resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar, dentre outros postulados, o da eficiência na prestação jurisdicional (art. 8.º).”

motivo plausível (finalidade), participação das partes (contraditório) e exposição das razões pelas quais houve a modificação do rito (motivação).

Dentro do primeiro requisito, qual seja, a existência de um motivo, Gajardoni (2007, p. 104/105) diz que três são as possíveis razões que autorizam a flexibilização: o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado (dilação de um prazo rígido para garantia da ampla defesa ou ampliação da fungibilidade de meios para tutela de direitos); dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter*, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes; ou para proteção da parte hipossuficiente e equilíbrio dos contendores.

O segundo requisito elencado refere-se à preservação da garantia do contraditório.

A flexibilização do procedimento não pode, de forma alguma, ser pensada com prejuízo ao princípio do contraditório, base do nosso sistema jurídico e do Estado Democrático de Direito, expresso no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em que pese a possibilidade de modificação do pedido ou da causa de pedir conforme defendemos, a mesma deve ocorrer sob a égide do contraditório, ou seja, havendo a modificação, deve-se abrir oportunidade à parte contrária para manifestação e produção de provas relacionada ao objeto.

Deve-se buscar a harmonização da adoção de um sistema flexível com a garantia do contraditório, sempre abrindo oportunidade à parte contrária de manifestar-se quando houver qualquer modificação na lide como originariamente proposta.

Conforme ressaltam Cambi e Neves (2015, p. 5), a observância do contraditório confere legitimidade à flexibilização, já que não se pode falar em insegurança jurídica se a variação procedimental e a construção do procedimento adequado se deu com a participação das partes em um processo cooperativo.

O atual Código de Processo Civil trouxe importante inovação a esse respeito no parágrafo único do artigo 493, ao prescrever que, se constatado o fato novo de ofício pelo juiz, este deverá ouvir as partes sobre tal fato antes de decidir, preservando dessa forma o contraditório e a chamada não-surpresa.

Ademais, o contraditório pode ser visto como a simples ciência de todos os atos processuais pelas partes, ou manifestação sobre os mesmos, mas sim como um direito de participação efetiva na construção da solução do litígio.

Conforme os ensinamentos de Gajardoni (2007, p. 106), a ciência bilateral dos atos não é por si suficiente para o respeito ao princípio, que exige a possibilidade de participação das partes no curso do processo e construção do procedimento. Dessa forma, tem-se, na aplicação do contraditório, um trinômio formado por conhecimento-participação-influência.

Assim, mais do que não ferir o princípio do contraditório, a flexibilização procedimental funciona como um instrumento garantidor de tal direito em sua plenitude.

Por fim, o último requisito elencado trata da necessidade de motivação da decisão que altera o procedimento previamente fixado em lei.

Nada mais natural, sendo a motivação necessária inclusive para preservação do princípio do contraditório, requisito anteriormente estudado, bem como demonstração da finalidade, o primeiro dos requisitos.

Cambi e Neves (2015, p. 20) elencam como principais consequências da adoção de um procedimento flexível uma maior compatibilidade do procedimento adotado às especificidades dos fatos, a economia processual e a obtenção da tutela integral em tempo razoável.

Percebe-se que duas das possibilidades listadas pelos autores encaixam-se dentro do requisito da finalidade mencionado anteriormente (melhor adequação e solução integral), porém é mencionada como vantagem da flexibilização a economia processual.

Possibilitar a flexibilização do procedimento, inclusive com a modificação dos elementos da ação durante o seu curso quando conveniente no caso concreto significa aproveitar um processo em andamento e os atos já praticados, evitando a propositura de um novo processo, com a repetição de alguns atos (nova distribuição, novo despacho, nova citação, audiência, etc.).

Segundo estudo realizado pelo CNJ no ano de 2015, o custo médio de um processo ao Estado pode chegar a R\$2.103,80⁴⁰.

⁴⁰Fonte: site do Conselho Nacional de Justiça <www.cnj.jus.br> Consultado em 30 de dezembro de 2017.

Podemos então concluir que um processo que tramita e ao final não atinge seu objetivo representa um desperdício de uma quantia superior a dois mil reais.

E se levarmos em consideração as centenas ou milhares de processos extintos sem que seja concedida uma tutela efetiva a quem de direito, por certo esse valor será muito significativo.

Esse é o gasto médio do Estado, ao qual ainda deve ser acrescentado os gastos das próprias partes na busca da tutela jurisdicional.

A economia processual torna-se ainda mais relevante quando tratamos de um judiciário extremamente sobrecarregado, em um país em que predomina uma cultura de judicialização, ao invés de pacificação.

Resolver uma crise de direito material em um processo, tornando desnecessária a propositura de outro, resulta em economia de tempo e dinheiro, além de uma otimização do trabalho, e ainda satisfazer o detentor do direito violado e, em longo prazo, ver essa economia refletida em uma diminuição do número de processos.

Sobre a relação entre a economia de tempo e a economia processual, precisa a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 151):

O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos processuais já praticados – sem decretações de nulidade e repetições desnecessárias de atos – promove um processo com consumo equilibrado de tempo. Daí a razão pela qual se entende que a economia processual entra no núcleo duro do direito à tutela jurisdicional tempestiva.

Fazendo um apanhado de todo o exposto neste tópico, podemos então delinear como limites da flexibilização a observância do contraditório, uma finalidade que justifique a não observância do procedimento previamente estabelecido (pode ser uma melhor adequação do procedimento, a exclusão de atos desnecessários ou uma diferenciação para preservação da igualdade formal e material entre as partes), decisão motivada, e que seja o procedimento aplicado vantajoso sob o ponto da economia processual.

Tais limites devem ser observados no caso concreto, exigindo-se do magistrado uma postura mais ativa na condução do processo⁴¹.

⁴¹“Cai por terra a figura do Juiz Pilatos, isto é, do magistrado mero expectador dos dramas processuais, que se esconde atrás do formalismo para manter o status quo ao invés de assumir seu papel de agente de transformação social. [...] Não se defende, sequer em matéria procedimental, o potencial criativo ilimitado do Poder Judiciário. Tampouco, seria salutar o governo dos juízes, noções correlatas ao ativismo judicial, expressão que, até mesmo por equívocos conceituais, adquiriu conotação extremamente pejorativa. Admite-se, tão somente, um protagonismo responsável ou saudável, apto,

Além da observância de tais requisitos, a flexibilização deve inserir-se dentro de um contexto maior, em que se encontra o sistema processual como um todo, seja através das normas fundamentais apresentadas pelo legislador como uma parte geral da parte geral (CUNHA e CRUZ, 2017, p. 25), ou mesmo dos princípios do processo civil.

3.3 Flexibilização e as normas fundamentais de processo civil

Conforme estudado no primeiro capítulo deste trabalho, o Código de Processo Civil, como inovação em relação à codificação anterior, apresenta logo no início, entre seus artigos 1º e 12, aquilo que optou o legislador por chamar “normas fundamentais do processo civil”.

Tais normas buscam direcionar os aplicadores do direito, bem como dar um tratamento único e coeso ao regramento processual como um todo.

Já analisamos a adequação da flexibilização ao artigo 1º⁴², ao passo em que é uma importante ferramenta na aplicação da garantia constitucional do acesso à justiça vista como o direito à obtenção de uma tutela célere, justa e efetiva.

Inclusive tal direito vem agora reproduzido no artigo 3º, caput, do Código de Processo Civil⁴³.

Já o artigo 4º⁴⁴, também reprodução de norma constitucional, trata da celeridade e duração razoável do processo.

Como visto, a duração razoável do processo foi elevada à categoria de princípio constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004.

mediante resposta democrática, à retificação das anomalias, à correção das omissões inconstitucionais, para que as promessas constitucionais se tornem realidade.” (CAMBI e NEVES, 2015, p. 18)

⁴²Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁴³Art. 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁴⁴Art. 4º: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Entendemos, porém, que a interpretação deve ser dada com vistas à efetividade.

De nada adianta uma tutela que seja dada de forma célere se ela não pacifica de uma vez por todas o conflito em questão.

Nesse caso, mais interessante seria admitir a modificação objetiva da demanda, ainda que em prejuízo da duração mais célere do processo, para permitir a solução do conflito de interesses sem a necessidade de propositura de novas demandas pelas mesmas partes, ou seja, de nada adianta a primazia pela duração razoável se a tutela não irá satisfazer por completo o interesse dos litigantes, e o conflito persistirá.

Conforme salientam Cambi e Neves (2015, p. 7) a flexibilização procedimental implica em maior adequação do procedimento à causa, além de economia de tempo.

Imaginemos uma ação de cobrança de determinada dívida X, em que o réu é citado, contesta, o feito é saneado, quando o réu então paga a dívida, porém alega o autor que nesse meio tempo surgiu uma outra dívida Y entre as mesmas partes.

Se pensarmos pelo lado da celeridade, e pela regra de impossibilidade de modificação da causa de pedir, o feito deverá ser extinto, diante do reconhecimento jurídico do pedido, e o autor deverá propor nova ação de cobrança, dessa vez tendo como objeto a dívida Y, sendo então necessária nova citação, contestação, saneamento e aí por diante.

Por certo, a celeridade do primeiro processo não foi benéfica se levarmos em conta o escopo do processo de pacificação do conflito.

Basta lembrarmos do já mencionado exemplo da restituição do piano trazido por Cruz e Tucci (1993, p. 85)⁴⁵.

A solução pode ser ainda mais complexa quando imaginarmos um paciente hipossuficiente financeiramente que é diagnosticado com câncer.

Inicialmente, o paciente necessita tão somente de um medicamento, porém de altíssimo custo, razão pela qual, com base no direito constitucional à saúde busca amparo no Poder Judiciário para que tal medicamento seja fornecido gratuitamente pelo Estado, tutela esta concedida liminarmente.

⁴⁵“Se o autor reclama do demandado a devolução de um piano, fundando a sua demanda no direito de propriedade e o réu contesta tal direito, mas afirma que, na verdade, possui o bem reivindicado por força de contrato de locação celebrado com o autor, não haverá nova demanda se o requerente modificar o respectivo fundamento, passando a alicerçá-la no término do contrato de locação, uma vez que o petitum – restituição do piano – resta imodificado”.

Porém, no curso do processo, após a citação do Estado, a doença evolui, e o medicamento que constitui o objeto mediato do processo não é mais suficiente, sendo agora necessário que seja o autor submetido a diversas sessões de quimioterapia.

Por óbvio, o réu não concordará com a modificação do pedido.

Neste caso, porém, o direito à vida deve prevalecer em relação à duração razoável do processo e a aplicação da regra do artigo 329⁴⁶, que não possibilita a mudança do pedido sem o consentimento do réu.

Fazer com que o autor proponha nova ação pleiteando o tratamento não é das soluções mais sábias, mesmo porque o tratamento pode ser modificado diversas vezes no decorrer do tempo, e a propositura de uma ação para cada tratamento ou medicamento não estaria em nada contribuindo para uma duração razoável do conflito, que se prolongaria no tempo, trazendo enormes riscos à vida da pessoa que necessita do tratamento.

Por isso que o melhor seria pensarmos em uma duração razoável de tempo para a solução do conflito, e não simplesmente de um processo visto de forma isolada.

Como já advertia Barbosa Moreira (2000, p. 45), “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa”.

O processo deve ter o seu tempo certo, e tempo certo é aquele que se faz necessário para uma tutela justa e efetiva, sendo que, um processo demasiadamente longo é prejudicial em termos de efetividade, porém também não pode ser instantâneo, pois visto dessa forma poderia trazer sérios riscos à justiça da tutela concedida.

A celeridade não deve ser sobreposta a nenhum outro princípio a pretexto de obter-se uma decisão mais célere, devendo sim buscar-se o equilíbrio entre princípios em casos de aparente conflito, como ocorre com o princípio da duração razoável do processo e o princípio da efetividade.

⁴⁶Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Infelizmente, os operadores do direito parecem dispostos a buscar a celeridade a qualquer preço, e isso resta claro nas metas estabelecidas pelo CNJ, que traça o objetivo de extinção de feitos em trâmite sem levar em conta a forma como tais processos são extintos, não aparentando preocupar-se com a qualidade da tutela prestada, mas tão somente com o aspecto quantitativo.

Há de se indagar se as ações e metas pro(im)postas refletem nos destinatários uma maior percepção da justiça (COUTO e MEYER-PFLUG, 2013, p. 143).

Além da crítica ao critério adotado, o combate à crise numérica através da extinção de feitos será uma guerra sem fim, pois, conforme se conclui dos próprios dados apresentados pelo CNJ no “Justiça em números”, o número de casos novos distribuídos anualmente também aumentou consideravelmente desde o início da colheita de dados.

Dados divulgados no ano de 2014 mostravam que, em 31 de dezembro de 2013, o número de casos pendentes nos tribunais do país (exclui-se da contagem o Supremo Tribunal Federal) estava na casa dos 67 milhões, sendo que naquele ano a distribuição de casos novos batia a marca de 28 milhões.

Se compararmos com a publicação “Justiça em números - 2016”, veremos que em 31 de dezembro de 2015 tínhamos 73,9 milhões de casos pendentes, e 27,3 milhões de casos novos distribuídos naquele ano, conforme gráfico 3.2.4 constante de tal publicação:

Gráfico 3.24 – Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário



Vale ressaltar que, no estudo anual feito pelo CNJ, a produtividade de magistrados e servidores em todo o país cresce a cada ano, dado este altamente positivo, que tem, porém, mostrado-se irrelevante, se considerarmos que, apesar do aumento constante da produtividade e do número de processos finalizados, o número de casos pendentes também continua a aumentar, assim como a distribuição de casos novos (esta apresentando uma leve queda no último ano, após sucessivos aumentos nos 5 anos anteriores).

Metaforicamente, podemos dizer que colocamos água em determinado recipiente, em quantidade superior à vazão do mesmo, ou seja, apesar de uma quantidade de água ser eliminada constantemente, o nível no recipiente continua a subir.

A necessidade que se coloca é de combate ao problema na origem, ou seja, identificar as causas dessa crise, pois a quantidade de feitos, objeto do combate pela produtividade, é tão somente consequência.

Nesse sentido a explanação de Curado Silveira (2015, p. 409):

Diante desse preocupante cenário, o primeiro e essencial passo consiste em tentar compreender (para poder atacar) as causas da litigiosidade, na certeza de que indicarão caminhos corretos para o repensar da “porta de entrada” da justiça. Se é certo que todas as grandes ciências investem, há anos, na prevenção, fortes na máxima de que é melhor prevenir do que remediar, a prevenção de litígios não pode estar longe dos olhos do Judiciário.

Mancuso (2015, p. 58) faz interessante analogia, dando o exemplo de um médico que tenta combater a febre de um paciente com medicamento antitérmico. O médico ministra o remédio, porém a febre volta a aparecer; então ele ministra nova dose, a febre some, porém volta a aparecer, e assim sucessivamente. Isso ocorre porque o médico está tentando resolver o problema combatendo a consequência, que é a febre, sem sequer analisar qual a causa da moléstia.

Isso é o que vem ocorrendo em nosso poder judiciário. Faz-se um combate ostensivo ao número de feitos (consequência), buscando a diminuição. Porém, se não analisadas e combatidas as reais causas do problema, por certo essa febre aparecerá novamente.

Conforme explanado anteriormente, o processo deve ser visto como um instrumento para a obtenção do direito material, e sempre sob a ótica da efetividade da tutela jurisdicional prestada.

Por esse enfoque, um sistema em que a rigidez e o sistema de preclusões, ainda que com fundamento na segurança jurídica, esteja acima da efetividade, pode se tornar um sistema inútil, que não resolve a lide de forma satisfatória a nenhuma das partes, caso esta rigidez venha a ser levada às últimas consequências.

Devemos ainda ter em mente que os institutos processuais foram concebidos sob a égide do *processualismo*, na qual se defendia uma autonomia absoluta em relação ao direito material, de forma que para aplicação do processo como instrumento, alguns conceitos e institutos fundamentais do processo precisam ser revisitados e reinterpretados, a fim de que sejam enxergados como um meio, um instrumento, voltado à defesa de um direito material, e não como um fim em si, sendo inconcebível que na aplicação ou interpretação do instrumento desconsideremos o objeto.

É sempre valioso transcrevermos alguns ensinamentos do professor Bedaque (2011, P. 23/24) nesse sentido:

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, como o processo é meio, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. (...)

Na medida em que a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico material e a pacificação da sociedade dependem, muitas vezes, da função jurisdicional do Estado, que desenvolve suas atividades e procura atingir tais escopos por meio do processo, a preocupação fundamental daqueles dedicados ao estudo desse instrumento com que a jurisdição opera deve voltar-se principalmente para os resultados que ele se destina a produzir. Busca-se, pois, a efetividade do processo, representada pela maior proximidade possível entre aquilo que deveria ocorrer no plano substancial e a eficácia da tutela jurisdicional.

Não estamos a dizer que há necessidade de desconsideração de regras e técnicas processuais, afinal, a metodologia estabelecida pelo legislador deve ser seguida.

O que se defende, porém, é que no caso concreto, caso se faça necessário em nome da efetividade e da utilidade da tutela e preservação do direito material pode a técnica da rigidez ser desconsiderada para o atendimento da finalidade maior do processo, visto como instrumento para aplicação do direito material.

Tal desconsideração deve ser analisada no caso concreto, não havendo que se falar em abandono das regras processuais, devendo inclusive, tal flexibilização ser

feita com observância dos valores e princípios do direito processual, e aplicação das regras em vigor, apenas valendo-se de uma interpretação que valorize a efetividade.

No caso da mudança de pedido ou da causa de pedir, tal possibilidade não pode ser absoluta, devendo haver um balizamento das possibilidades, de forma a preservar todo um sistema processual, baseado na segurança, na celeridade, na duração razoável do processo, no contraditório e no devido processo legal.

Acerca da efetividade, Theodoro Jr. (2005, p. 602) ressalta a necessidade de se evitar julgamentos inconvenientes e inúteis, que não terminam com a prestação de uma tutela justa e efetiva, e não impedem a propositura de um novo processo no qual será buscada a solução que aquele primeiro não logrou êxito em conceder.

A flexibilidade deve se dar também com observância da boa-fé⁴⁷ de todos os envolvidos dentro de um processo civil cooperativo⁴⁸, conforme salientado anteriormente quando da análise do “negócio processual”.

A flexibilização do procedimento é importante ferramenta também na busca da verdade real como fim do processo.

Há muito está ultrapassada a ideia de que a busca pela verdade real está ligada ao processo penal enquanto o processo civil contentar-se-ia com a verdade formal. Ainda que se trate de questão cível, o magistrado, em sua atividade, deve chegar o mais próximo da verdade dos fatos.

Nos dizeres de Bedaque (2012, p. 19), contentar-se com a verdade formal é também admitir uma mentira formal.

Prova de que o sistema brasileiro não mais se contenta com a verdade meramente formal, é a concessão de poderes instrutórios ao juiz, ou seja, caso não esteja plenamente convencido das alegações e das provas produzidas pelas partes, pode (e deve) o magistrado determinar a produção de outras que entenda necessárias, tudo para fazer valer a busca pela verdade real.

Sobre essa possibilidade de produção de provas de ofício, reza o artigo 370 do Código de Processo Civil: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

⁴⁷Art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁴⁸Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Para prevalência da verdade real, não restam dúvidas que devemos buscar um sistema mais flexível, em que a preclusão dê lugar a fatos, provas ou necessidades supervenientes que espelhem a real necessidade daqueles que se socorrem da máquina do judiciário; um sistema mais preocupado com a efetividade e a pacificação em detrimento de uma técnica formal.

A sentença deve espelhar a realidade do momento em que a mesma é proferida, e não a realidade do momento da propositura da demanda, que em muitos casos chega a datar de 10 ou 15 anos.

Uma sentença que espelhe uma realidade de anos atrás, já modificada pelo decurso do tempo, muitas vezes será uma sentença sem conteúdo pacificador, que poderá inclusive ser inútil àquele que buscou o judiciário para o exercício de seu direito.

Nos dizeres do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Raphael de Barros Monteiro, a decisão deve sempre “refletir o estado de fato da lide no momento da decisão, devendo o juiz levar em consideração fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que puder influir no julgamento”⁴⁹.

O processo deve acompanhar a realidade dos fatos e a necessidade daqueles que se socorrem do judiciário, sob pena de, concedida anos após a propositura da demanda, ser inútil a quem dela necessitava, implicando em desperdício de tempo e dinheiro por parte do Estado na prestação de uma tutela jurisdicional totalmente vazia, oca.

Não há que se falar também em inobservância do devido processo legal na flexibilização, visto que tal conceito deve acompanhar a finalidade do processo e as garantias constitucionais de cunho processual.⁵⁰

Sobre a aderência à realidade dos fatos e a relação com o devido processo legal, leciona Gajardoni (2007, p. 117)

⁴⁹STJ, 4ª T., REsp. 492.568-RS, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, j. 01/04/2003, v.u.

⁵⁰“Porém, o que é devido processo oscila conforme o momento histórico: o devido de ontem não necessariamente o é hoje, mostrando-se imperiosa a interpretação de tal garantia em conjunto com o sistema - não apenas jurídico - que integra. É, pois, uma garantia em permanente construção. O argumento de que a flexibilização procedimental violaria o devido processo legal ampara-se na insistência em mantê-lo vinculado ao seu aspecto formal. Dessa forma, nega-se a sua dimensão substancial que impõe o reconhecimento de que o processo devido às partes é o processo justo. O devido processo é processo efetivo. E o processo, enquanto instrumento devido, só é efetivo na medida em que é instrumento eficiente à realização do direito material em tempo razoável e útil às partes. Por isso, a garantia do devido processo legal deve vincular-se à tutela jurisdicional qualificada, ou seja, célere, tempestiva e adequada.” (CAMBI; NEVES, 2015, p. 3)

Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consonante com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.

Por fim, vale a transcrição da conclusão a que chegaram Cambi e Neves (2015, p. 4).

Portanto, a garantia constitucional do devido processo legal não pode ser enclausurada em disposições infraconstitucionais e de natureza procedimental. O processo civil de resultados deve admitir a flexibilização procedimental como técnica de promoção do direito à tutela jurisdicional justa, sem prejudicar, com a maior liberdade de formas, o respeito às garantias processuais fundamentais da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Assim, podemos então concluir.

A flexibilização procedimental, com adequação do processo à situação fática, é importante instrumento na busca pela efetividade.

Mais do que o alcance do judiciário através da propositura da ação, a garantia do acesso à justiça traz em si o direito à proteção efetiva do direito material, com uma tutela que seja útil àquele que necessitou socorrer-se do Poder Judiciário, e que exerça a função primordial do processo de pacificação do conflito.

Efetividade não pode ser entendida como sinônimo de eficácia ou de eficiência. Eficiência é a relação entre os resultados alcançados e os instrumentos à disposição para tanto; eficácia é o resultado em si; e efetividade é o impacto externo, o efeito do resultado concreto produzido.

No plano processual, muitas vezes o conceito de eficiência é ligado à questão da celeridade, como se eficiente fosse um judiciário que extingue seus processos dentro de um tempo razoável.

Tal ideia é deveras perigosa, pois não leva em consideração a natureza das decisões que colocam fim ao processo e nem mesmo a efetividade da tutela em relação àquele que se socorreu do Poder Judiciário.

Prova dessa inadequada relação que se estabelece entre eficiência e celeridade são as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que levam em consideração, na aferição da produtividade dos magistrados, o número de sentenças proferidas e o encerramento dos feitos, sem levar em conta que tipo de

sentença está sendo proferida e com que qualidade a justiça está sendo prestada, observando apenas os aspectos numérico e temporal.

Um processo demasiadamente longo é prejudicial, porém da mesma forma o é um processo instantâneo, visto que o mesmo deve perdurar pelo tempo necessário para a prestação de uma tutela efetiva e justa. O processo tem o seu próprio tempo.

A busca pela celeridade não pode trazer como consequência a obstrução das garantias do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional, como tem ocorrido com frequência em algumas das soluções encontradas pelo legislador e pelos operadores do direito, que muitas vezes se apegam a formalidades extremas com a finalidade de levar o processo a termo.

Claro que os formalismos dentro do processo são essenciais para a garantia da segurança jurídica e da efetividade, e sem os mesmos o litígio tornar-se-ia uma disputa desordenada, dando margem para que prevalecesse a força ou a arbitrariedade, porém, assim como o processo, o formalismo deve ser direcionado a determinado fim, e por certo este fim não é a extinção com vistas à redução do número de processos.

A ideia de efetividade se encontra com o a teoria da instrumentalidade do processo, ao passo em que esta defende que processo é técnica, é instrumento para a realização do direito material, de forma a produzir os mesmos efeitos que seriam produzidos caso o direito não houvesse sido violado, e quando falamos em produção de efeitos, estamos falando de efetividade.

Sob tal ótica, do processo visto como instrumento que busca sempre a realização de um direito material tal como ocorreria se este fosse cumprido de forma espontânea, não podemos pensar em eficácia tão somente sob o aspecto numérico e sobre dados objetivos.

Por tal razão, concluímos que são inaplicáveis ao processo os parâmetros de eficiência utilizados na aferição de resultados da Administração Pública.

Concluímos também que na busca da efetividade da tutela, uma importante ferramenta é a flexibilização procedimental.

A possibilidade ou não de elasticidade do procedimento varia conforme analisemos sistemas mais rígidos ou flexíveis.

Certo que não há sistema totalmente rígido, ou totalmente flexível, mas sim sistemas tendentes a uma ou outra posição. Impensável um sistema totalmente

flexível, que poderia eternizar uma discussão, mas também inadequada seria uma rigidez absoluta, em que a técnica e a formalidade fossem colocadas acima do direito material e da efetividade da tutela.

O grande cerne da discussão está exatamente em encontrar o ponto de equilíbrio entre a rigidez e a flexibilidade, entre a segurança jurídica e a efetividade.

O Brasil tradicionalmente foi adepto de um sistema rígido, marcado por fases bem delimitadas e preclusões, porém, já no Código de Processo Civil de 1973, havia exceções tão amplas, a ponto de transformar a regra em exceção.

Assim, já se admitia a modificação do pedido ou da causa de pedir quando a questão envolvesse matéria de ordem pública, ou quando a inovação em razão de fato superveniente se desse em sede de apelação, nos termos do atual artigo 1.014 do CPC, ou quando houvesse consenso entre as partes na sentença homologatória de acordo (atual artigo 515, §2º, do CPC), ou na fungibilidade das ações possessórias, ou na causa de pedir aberta própria da ação direta de inconstitucionalidade.

Entretanto, a principal hipótese de flexibilização é a que previa o artigo 462 (atual 493), que trata do conhecimento, por ocasião da sentença, de fatos supervenientes.

Uma interpretação ampla de tal dispositivo, a permitir inclusive a modificação do pedido e da causa de pedir, se necessário, em razão de fatos supervenientes, se coaduna com o princípio da efetividade e da garantia constitucional do acesso à justiça.

Tais hipóteses, já previstas na codificação anterior, foram mantidas no atual Código de Processo Civil, que, seguindo a tendência de flexibilização, trouxe novas hipóteses, como a prevista no artigo 139, VI, que permite ao magistrado dilatar prazos ou inverter a ordem de produção de provas caso se mostre adequado à solução da demanda.

Infelizmente, muitos avanços em termos de flexibilização se perderam durante o trâmite legislativo do Código de Processo Civil, como a previsão genérica de flexibilização pelo magistrado sempre que se fizesse necessário, ou a possibilidade de modificação do pedido ou da causa de pedir expressa no artigo 314 do Anteprojeto, que trazia inclusive os limites de tal modificação, que só poderia ocorrer se exercida de boa-fé, com respeito ao contraditório, sem prejuízo ao réu, e antes da sentença.

Em que pese a supressão do mencionado artigo 314 e da redução dos poderes do magistrado no artigo 139, VI do texto aprovado, a flexibilização continua autorizada, ainda que implicitamente, se analisado o sistema processual como um todo, e se for necessária para a prestação de uma tutela justa e efetiva e para garantia do acesso à justiça.

Concluimos ainda que os limites da possibilidade de flexibilização são impostos pela finalidade, ou seja, pela razão que faz com que seja preterido o procedimento previamente determinado pelo legislador, exigindo-se uma decisão motivada do aplicador do Direito.

Além disso, em hipótese alguma pode haver desrespeito ao princípio do contraditório, sempre abrindo-se a possibilidade das partes se manifestarem acerca da modificação do procedimento, assim como sobre eventual alteração nos elementos originários da demanda.

Adotando-se a flexibilização procedimental, dentro das limitações impostas pelo ordenamento como um todo, chegaremos então ao buscado ponto de equilíbrio entre segurança jurídica e efetividade, objeto de pesquisa neste trabalho.

Conclusão

Nosso legislador inspirou-se em uma visão garantista do processo civil, no qual a interpretação, bem como a aplicação das normas processuais, devem ser analisadas sob um viés que observe as garantias processuais constitucionalmente previstas.

Nessa linha, no capítulo 1, vimos que o atual Código de Processo Civil, logo em seu artigo 1º, estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Dentro dessas normas fundamentais, nos debruçamos então sobre o estudo de 2 delas em especial: o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.

Quanto à garantia do acesso à justiça, chegamos à conclusão, parcial, de que tal garantia traz em si não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas sim a prestação de uma tutela justa, célere e efetiva àquele que dela necessita.

A partir de tal conclusão, passamos então ao estudo do significado de efetividade dentro de um processo judicial.

Para tanto, estabelecemos a distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, e tratamos da auferição de tais índices na Administração Pública, ao adotar um modelo gerencial, e chegamos a mais uma conclusão, ainda parcial, de que tais métodos são inaplicáveis ao Poder Judiciário dentro de sua atividade-fim, havendo sérias críticas às metas estabelecidas pelo CNJ baseada tão somente em critérios quantitativos, e não qualitativos.

Já no capítulo 2, tratamos da diferença entre sistemas rígidos e flexíveis e o impacto na efetividade analisada no capítulo antecedente, e pudemos concluir que o Código de Processo Civil, tradicionalmente, adotou a rigidez procedimental, baseada em um sistema de prazos peremptórios e preclusões, apesar de serem várias as exceções em que se permitia, desde o diploma anterior, de 1973, a flexibilização, a ponto de se poder afirmar que a exceção acabava virando a regra.

Dentro do campo das mencionadas exceções, tratamos da possibilidade de conhecimento de matérias de ordem pública a qualquer tempo, da inovação em sede de apelação, da sentença homologatória de acordo com ampliação do objeto da demanda, a fungibilidade das ações possessórias em razão da alteração superveniente dos fatos, a causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade, e os fatos supervenientes a serem considerados no momento da conclusão do processo, com fundamento no artigo 493 do Código de Processo Civil.

Ao final do capítulo concluímos que a flexibilização é importante instrumento na busca pela efetividade do processo e economia processual, razão pela qual, com base na garantia do acesso à justiça e da efetividade da tutela estudadas no capítulo antecedente, deve ser aplicada a outras situações em que se mostrar útil, ou até mesmo necessária.

Por fim, no capítulo 3 tratamos da flexibilização, como instrumento para garantia da efetividade da tutela e do acesso à justiça, dentro do Código de Processo Civil atual.

Inovando em relação à codificação anterior, apresenta logo no início, entre os artigos 1º e 12, as chamadas “normas fundamentais do processo civil”.

Entretanto, vimos no capítulo 3 que a mais significativa foi a introdução de hipótese de flexibilização voluntária na celebração de “negócios processuais”, no saneamento conjunto do processo, ou no estabelecimento de um calendário processual, e que o legislador deixou passar uma grande oportunidade, ao deixar que muitos avanços se perdessem durante o trâmite legislativo do Código de Processo Civil.

Concluímos ao final do trabalho porém que, em que pese a redução dos poderes do magistrado se compararmos à primeira versão do anteprojeto, e da ausência de autorização expressa para a flexibilização, esta continua autorizada, ainda que de forma implícita, se analisado o sistema processual como um todo, e sob a ótica constitucional do acesso à justiça.

Por fim, ao final do capítulo 3, estabelecemos alguns limites, impostos pelo sistema processual, no que diz respeito à flexibilização: finalidade da alteração do procedimento, motivação da decisão e respeito ao contraditório.

Se obedecidas tais limitações, não há razão para se limitar a flexibilização do procedimento se necessária for para prestação de verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. Revista de Processo 99, jul./set.2000. Também disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf> Consultado em 29 de junho de 2016.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. In: Revista de Processo, v. 27, n. 105. São Paulo: RT, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. José Roberto dos Santos. Comentários ao art. 273 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Cadernos MARE da reforma do Estado – Caderno 4*. Brasília: 1997. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno04.pdf> Consultado em 06 de janeiro de 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. In: Revista eletrônica de direito processual, n. 6. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570/15573> Consultado em 08 de janeiro de 2018.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. *Aspectos estruturais e funcionais do controle orçamentário e da gestão eficiente: análise dos Tribunais de Contas do Brasil e da União Europeia*. In: RTCEMG, v. 33, n. 3, p. 56/72. Belo Horizonte: 2015.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Direito Privado, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98). In: MORAES, Alexandre de. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral – Livro I – artigos 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao NCPC. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil I*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva?* In: Coleção Empresa, Justiça e Sustentabilidade – v. 3 – Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos. Coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira; Orides Mezzaroba; Mônica Bonetti Couto; Samyra Haydêe Del Farra Napolini Sanches. Curitiba: Clássica, 2013.

_____. *Processo Civil e Constituição: Uma (Re)aproximação necessária*. In: Processo e jurisdição. Organização: Conpedi/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em <file:///C:/Users/Fáima/Documents/Livros%20Tese/Processo.e.Constituicao.Monica+Samy-CONPEDI.pdf> Consultado em 05 de janeiro de 2018.

_____. *Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva*. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, n.63, Porto Alegre, dez. 2014. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto_SamanthaMeyerPflug.html Consultado em: 06 jan. 2018.

CUNHA, Alexandre Luna da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Compreendendo o Novo CPC – uma breve análise das normas fundamentais*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 76. Porto Alegre: Magister, jan-fev 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

DEGENSZAJ, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. Dissertação de mestrado apresentada no departamento de direito processual da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – volume 1*. 15ª edição. Bahia: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil – volume 3*. 11ª edição. Bahia: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil – volume III*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume VIII – Tomo III*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FREITAS, Juarez. *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). Tese de doutorado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, n. 1. 2007. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714> Consultado em 08 de janeiro de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

_____. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela* (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/200/194> Consultado em 06 de janeiro de 2018.

LACERDA, Galeno. *O Código e o formalismo processual*; in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 21, 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, I*; tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2016.

MARINS, James. *Processo instantâneo versus processo razoável: a dualidade temporal da garantia constitucional*. In: Revista Novos Estudos Jurídicos Vol. 16 n. 2. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, mai./ago. 2011. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3280> Consultado em 07 de janeiro de 2018.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil – Volume III*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda*; in Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas), coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia – impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm Consultado em 29 de junho de 2016.

ONO, Taynara Tiemi. *A flexibilização do procedimento e sua abordagem na tramitação legislativa do Novo Código de Processo Civil*. In: Revista eletrônica de direito processual, n. 16. 2015. Disponível em <http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18733/14323 Consultado em 08 de janeiro de 2018.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado – Volume II*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. 2008. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf> Consultado em 05 de janeiro de 2018.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o ius superveniens – art. 462 do CPC*; in Estudos em homenagem à Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

THOMÉ, Débora Dias. *O poder judiciário e a efetivação de políticas públicas: a mediação como padrão de atuação nos processos coletivos*. In: Revista eletrônica de direito processual, n. 7, 2011. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21126> Consultado em 07 de janeiro de 2018.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Comentários à Parte Geral, Livro I – Das Normas Processuais Cíveis – Título Único – Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais – Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord.). CPC comentado. São Paulo: Thomson Reuters/ RT, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer – arts. 273 e 461 do CPC*; in Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.