

O acesso à justiça por meio da adequada técnica processual e duração razoável do processo.

Access to justice through adequate technical process and reasonable time of the process.

Bruno Augusto Sampaio Fuga¹

Professor Filosofia do Direito Unopar/Londrina/Brasil.

Fecha de Presentación: noviembre 2012. Fecha de Publicación: diciembre de 2012.

Resumo.

O acesso à justiça por meio da adequada técnica processual para garantir a duração razoável do processo é o tema deste trabalho. O objetivo proposto é discutir e esclarecer os institutos da flexibilização procedimental, acesso à justiça, segurança jurídica, tutela transindividual e meios alternativos, como possíveis soluções para garantir o acesso à justiça e a duração razoável do processo. A justificativa é a relevância do tema e dos institutos aqui tratados e pesquisados para atingir a eficácia dos direitos pleiteados. A morosidade do judiciário e dificuldades no acesso à justiça são fatores que podem refletir em aspectos econômicos do país e, conseqüentemente, em todos os cidadãos. Analisar o direito comparado, dentre eles o Francês, Inglês, Neozelandês (Nova Zelândia) e Português é de fundamental importância para conhecimento teórico e prático, pois a experiência de outros países usada para enfrentar os mesmos questionamentos pode ser

¹ Projeto de Pesquisa UEL (Acesso à Justiça: a Instrumentalidade do processo frente à jurisdição).
brunofuga@brunofuga.adv.br

de grande importância. Os questionamentos pesquisados e analisados neste trabalho são também inovações jurídicas e problemas pertinentes da contemporaneidade, tendo em vista a pluralidade da sociedade e a grande quantidade de ações judiciais atualmente propostas no pátrio sistema judiciário.

Abstract.

Access to justice through the proper procedural technique to ensure the reasonable duration of the process is the subject of this work. The proposed objective is to discuss and clarify the institutes of procedural flexibility, access to justice, legal certainty, protection and transindividual alternative means, as possible solutions to ensure access to justice and the reasonable duration of the process. The justification is the relevance of the topic and institutes here treated and researched to achieve the effectiveness of the rights pleaded. The slowness of the judiciary and difficulties in access to justice are factors that can reflect on the economic aspects of the country and consequently in all citizens. Analyze comparative law, including the French, New Zealand and Portuguese is of fundamental importance to theoretical and practical knowledge, as the experience of other countries used to face the same questions can be of great importance. The questions researched and analyzed in this paper are also relevant innovations and legal problems of contemporaneity, in view of the plurality of society and the large number of lawsuits currently proposed in paternal judiciary.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. O ACESSO À JUSTIÇA E ADEQUADA TÉCNICA PROCESSUAL.
- III. FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL.
 - III.I. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO FORMAL EM PORTUGAL.
 - III.II. FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO DIREITO COMPARADO.
- IV. ACESSO À JUSTIÇA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.
- V. TUTELA TRANSINDIVIDUAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.
- VI. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.
- VII. CONCLUSÃO.
- VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Palavras-chave

Acesso à justiça, flexibilidade procedimental, tutela transindividua, técnica processual.

Keywords

Access to justice, procedural flexibility, tutelage transindividual, procedural technique.

I.- INTRODUÇÃO.

O presente trabalho versa sobre técnica processual no devido processo legal, seus reflexos na segurança jurídica e celeridade processual. O tema em questão apresenta diversos posicionamentos doutrinários e atualmente é amplamente estudado, pois a morosidade do judiciário é fator que pode refletir em aspectos econômicos do país e, conseqüentemente, em todos os cidadãos.

Versa o trabalho sobre os meios alternativos de soluções de conflitos, ações transindividuais, o acesso à justiça e duração razoável do processo, além de alguns aspectos do direito comparado, em especial o Português e Inglês, com algumas observações sobre o vigente ordenamento jurídico Francês e informações sobre efetividade na Nova Zelândia.

Inicia o estudo e pesquisa em obras de Ovídio A. Baptista da Silva, Bedaque, Marinoni, Dinamarco e Streck, dentre outros doutrinadores que contribuem para pensar o direito e soluções para evitar morosidade judicial, garantir segurança jurídica no devido processual legal e a inevitável discussão entre direito e moral.

Conforme mencionado, a presente pesquisa dedica-se a apresentar institutos que contribuem para a celeridade processual, com duração razoável do processo, acesso à justiça e a tão almejada efetividade.

II. O ACESSO À JUSTIÇA E ADEQUADA TÉCNICA PROCESSUAL.

A necessidade do acesso à justiça por meio da adequada técnica processual e procedimento que assegure o devido processo legal, com garantia ao contraditório e a ampla defesa, além da razoável duração do processo², é um dos desafios do mundo moderno. A adequada técnica processual³, que consiste no conjunto das normas que regem o procedimento⁴ e a formalidade, à

2 Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2004 acrescentou: art. 5º, 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 A técnica, enquanto técnica, é ideologicamente neutra, mas toda técnica processual há de ser ditada e construída segundo a visão dos objetos a serem alcançados. (DINAMARCO, 2009, p. 374)

4 Não há como confundir técnica processual com procedimento. O procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos. (MARINONI, 2010, p. 148)

luz da visão instrumentalista do processo, é de grande importância, inclusive, para proporcionar a justa decisão.

A adequada técnica processual⁵, como serviço de eficiência do instrumento, garante o acesso à justiça, segurança jurídica, e é predisposta a ordenar os meios destinados a obter certos resultados. Há estudo atual sobre a necessidade de textura aberta da norma para o julgador melhor adequar o rito necessário de acordo com o caso concreto. Em contrapartida, outra linha doutrinária, contrária a este entendimento, fundamenta na necessidade de rigor no formalismo.

O processo, nesta ótica, é uma técnica para garantia do direito material e a duração razoável do processo, com sua efetividade em sentido lato⁶. A adequada técnica processual tem correlação com a tempestividade do processo, e, importante destacar, que o direito à tutela efetiva, com sua duração razoável é, inclusive, direito fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII). É o direito de exigir uma prestação do Estado, vez ser vedada a autotutela.

E, embora a adequada técnica processual seja importante, o direito é mais do que técnica, instrumento ou procedimento⁷. E, apurar os fatores que produzem transformações no campo dos paradigmas filosóficos para contribuir no estudo da duração razoável do processo, é de vital importância. Primordial neste momento é ter em foco que nenhuma técnica processual pode ser tratada como sistema fechado e autossuficiente, sendo importante, assim, compreender o cenário político e outros que a influenciam.⁸

Há doutrinadores que fundamentam a necessidade de assegurar a imparcialidade do juiz a ponto de este não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior, porém, este posicionamento não parece ser o mais adequado, com perigo, inclusive, se válido, de ferir o Estado democrático de direito.

Para Streck, deve ser combatido o solipsismo⁹ epistemológico, sob pena de ferir o devido processo legal e a segurança jurídica. Para o doutrinador, princípios gerais não possuem força

5 Nossa análise parte do princípio de que o processualista, especialmente o processualista enquanto legislador, seja alguém cuja função é produzir instrumentos. (Ovídio A. Baptista da Silva, 2006, p. 34)

6 MARINONI, 2010, p. 140.

7 STRECK, 2012, p. 9.

8 Sobre o tema, de não ser o estudo do processo um sistema fechado e auto-suficiente: (DINAMARCO, 2009, p. 97)

9 HOUAISS (2009): doutrina segundo a qual só existem, efetivamente, o eu e suas sensações, sendo os outros entes (seres humanos e objetos), como partícipes da única mente pensante, meras impressões sem existência

deôntica¹⁰, são vagos e sujeitos a interpretações irrestritas. Há, atualmente, uma inversão de pensamento o qual não se interpreta para compreender, e, sim, compreende-se para interpretar. A interpretação torna-se a explicação do compreendido.

Para Bedaque, o interesse de alguns para simplificar o processo pode comprometer valores essenciais à segurança. Além disso, o formalismo exagerado, que é sinônimo de burocracia, pode ser útil para preguiçosos e covardes se esconderem no emaranhado de normas em prol de uma chicana processual. O processo, para o doutrinador, não é somente forma, pois toda organização e estrutura encontra razão de ser nos valores e princípios constitucionais. Para ele, a técnica processual tem a utilidade de assegurar o justo processo e estabelecer o modelo constitucional ou o devido processo constitucional. (2010, p. 26)

Para Marinoni, o direito à prestação jurisdicional efetiva pode ser visto como: i) o direito à técnica processual adequada; ii) o direito a participação por meio do procedimento adequado¹¹; iii) o direito a resposta do juiz; iii) resposta jurisdicional.

Ainda para Marinoni, é necessário que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos e, se a técnica for fechada em si mesma, com indiferença ao direito material, será algo inservível. (2010, p. 20)¹²

Seria também pertinente, na visão do doutrinador, ter o juiz poder discricionário, ou eventuais cláusulas gerais processuais para dar efetividade à tutela jurisdicional. (2010, p. 22)

Para constituir direitos contra a possibilidade de arbítrio do juiz, Marinoni afirma que foram evidenciadas garantias para a participação adequada do demandado no processo, como o

própria [Embora freq. considerado uma possibilidade intelectual (caso limite da filosofia idealista), jamais foi endossado integralmente por algum pensador.]

10 2012, p.95.

11 Sobre o tema: O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos. (2010, p. 112)

12 Sobre o tema: O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial. (2010, p. 43)

contraditório e a ampla defesa (2010, p. 36). Para Dinamarco, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo¹³. (2009, p. 314, 377)

A sentença não é um ato de vontade do julgador e não está restrita a sua própria consciência¹⁴. Decisões contrárias a este sentido são opostas ao ordenamento jurídico e ao devido processo legal e, inclusive, destoam da segurança jurídica tão almejada¹⁵. Esses termos dizem respeito à legitimidade e validade, tema que é recorrente e localizado na discussão entre direito e moral, como também no papel desempenhado pela razão prática (questionamento de uma ação correta).

Para Bedaque, o formalismo exagerado transforma o juiz em um mero burocrata. Necessário se faz, na visão do doutrinador, reconhecer no julgador a capacidade de, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo de acordo com o caso em específico. (2010, p. 45)¹⁶

Questiona-se, então, o critério subjetivo de aplicar sensibilidade, bom senso, princípio de adequação ou adaptação em decisões judiciais. Qualquer critério subjetivo é concessão de poderes para julgadores e grande margem de poder discricionário.

Buscando se desvencilhar desta problemática, Bedaque alega ser necessário enfrentar o excesso de formalismo quando incompatível com a natureza instrumental. Para ele, a preocupação com a efetividade da tutela deve vir acompanhada de atitudes que eliminem óbices meramente formais. O exemplo é a quantidade de processos extintos por estes problemas.

As implicações da preclusão, coisa julgada, nulidades, pressupostos processuais, condições da ação, formalidades excessivas e vícios que não causam prejuízo aos litigantes ou ao próprio regular andamento do processo, devem ser repensadas, não segundo a vontade pessoal do julgador, mas por meio da adequada técnica empregada pelo legislador.

13 Sobre o tema também: Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo. (DINAMARCO, 2009, p. 359)

14 STRECK, 2012, p. 9

15 REsp. 279.889/AL, HC 94.826/SP, TJPR: ACrim 135.719-5/PR.

16 Sobre o tema em questão, outra passagem do doutrinador: O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos o até ignoradas, quando não ser revelarem imprescindíveis em determinadas situações. (2010, p. 51)

Em prol do combate à morosidade, sem comprometer o devido processo legal e a segurança jurídica, é preciso encontrar a exata porção de instrumentalidade e formalismo, sem o exagero que impeça a decisão de casos difíceis.

Não deve também, ao buscar respostas para os questionamentos já apontados, fundamentar a solução do problema unicamente em princípio da razoabilidade, ponderação, bom senso e boa fé, pois estes critérios são subjetivos e de imediato não contribuem para a duração razoável do processo e limites para a discricionariedade judicial.

O formalismo vazio, por sua vez, não colabora para a celeridade processual, cria entraves desnecessários e comporta-se em desconformidade à duração razoável do processo. Em contraponto, o formalismo benéfico coopera para a celeridade processual e razoável duração do processo. Neste sentido, o formalismo tem a intenção de contribuir e, assim, minimizar os efeitos da discricionariedade de forma irrestrita.

É preciso retomar a instrumentalidade, pois processo é ferramenta de fazer justiça e não uma mera finalidade. Justifica-se um novo olhar, com novos paradigmas¹⁷. Aspira-se com esta pesquisa a demonstração de que a instrumentalidade contribui para evitar formalismos vazios e inevitabilidade de uso dos princípios que, embora subjetivos, são de grande importância.

A efetividade do processo está diretamente ligada à correta compreensão dos fundamentos da técnica processual. O instrumentalismo utilizado de maneira inadequada produz formalismo estéril, contribuindo para a demora no processo. (BEDAQUE, 2010, p. 31)

É preciso, na relação processual, encontrar maneira mais adequada para possibilitar que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva (BEDAQUE, 2010, p. 34). Os valores segurança, efetividade, justiça e paz social não podem ser afastados para alcançar os reais fins do processo. (BEDAQUE, 2010, p. 40)

Importante contribuição traz também Watanabe, pois segundo o doutrinador, para a instrumentalidade substancial servir à efetiva realização dos direitos, necessário se faz não só a

¹⁷ Sobre o tema, em leitura realizada após a elaboração deste tópico, mas de fundamental importância e citação: ao contrário, a ciência progride significativamente por meio de revoluções, não por evolução. (Ovídio A. Baptista da Silva, 2006, p. 31). A quebra de um determinado paradigma e sua substituição por outro é o que ele denomina "revolução científica". (Ovídio A. Baptista da Silva, 2006, p. 31)

modernização e renovação do processo, como também recursos financeiros, infraestrutura material e pessoal adequados. (2012, p. 151)¹⁸

Para Dinamarco, a instrumentalidade é o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual. Aprimorar o serviço jurisdicional implica na efetividade de seus princípios formativos (lógico, jurídico, político e econômico), tendência esta universal. (2009, p. 24)

Para o doutrinador, os procedimentos mais avançados concedem liberdade das formas deixadas ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes. O formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo. (2009, p. 151)

Ainda sobre o tema, o doutrinador atesta que os louvores da interpretação evolutiva não podem chegar a algo que pareça com as ideias da escola do direito livre. Ele ainda afasta as sentenças contra legem, mesmo que conduza a resultados viciados ou injustos. (2009, p. 234)

Poder irrestrito, sem freios e com poder discricionário ilimitado aos julgadores, de forma pacífica entre os doutrinadores aqui citados, não é benéfico para o Estado e seus cidadãos. Limites previamente impostos, com critérios objetivos de como utilizar fundamentações de decisões judiciais com princípios, são de grande valia.

Importante também deduzir que a preocupação no estudo da discricionariedade, da técnica processual e do devido processo legal, é assaz válido, porém necessário se faz ir mais além. A busca de conceitos de direito e justiça não deve se limitar apenas na visão do poder judiciário ou no mundo jurídico.

É desnecessário descobrir a melhor forma de estrutura e controle do judiciário com belíssimos conceitos de como proceder com o provável e inevitável poder discricionário e a adequada técnica processual, se os demais poderes do Estado não estiverem fortes e em harmonia, dado este que também será pesquisado para fundamentar este posicionamento.

18 Sobre o tema e mesmo posicionamento doutrinário: Queremos nos referir à forma com que são aplicadas em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infraestrutura e, a o mesmo tempo, capacitar melhor os juizes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam. (NERY Junior, 2010, p. 323)

Não parece ser crível e proveitoso gerar uma teoria do direito que almeja apenas discutir aspectos jurídicos, visto que este poder, por exemplo, é extremamente conectado ao poder legislativo. O poder discricionário, o processo e a técnica processual, por sua vez, estão também diretamente ligados à forma de atuação do legislativo.

Faz-se necessário conhecer a vivência do processo como instrumento, e estar informado das sugestões que outras ciências possam fornecer para seu aperfeiçoamento. O processualista deve estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico.

III. FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL.

Além do conteúdo já exposto sobre discricionariedade, instrumentalidade, normas de texturas abertas e rigor formal, importante também prosseguir com pesquisa sobre a flexibilidade procedimental e seus reflexos no processo.

Inquestionável que há atualmente uma nova ideologia com flexibilização e novo jeito de compreender o processo. Busca-se a tutela adequada e a finalidade da medida. Não comporta o processo transigir com o formalismo estéril, oco ou vazio e, por descrédito no parlamento, há maior ativismo judicial. (TAVARES, 2010)

O princípio da adequação formal, por exemplo, foi inserido na legislação em vigor. Incessantemente se almeja a tutela efetiva, sendo este, inclusive, interesse público. Na visão de Tavares o simples ativismo judicial não pode colocar uma pá de cal na discussão sobre a flexibilização e essa nova ideologia.

Artigo publicado por Armando Castelar Pinheiro, após ampla pesquisa de campo sobre o tema em questão, relata que a forma de aplicação da lei pode ter consequências para a economia. Demanda-se alto custo em processos além de demasiado tempo para sua tramitação.

No conteúdo de sua pesquisa, Pinheiro, por exemplo, descreve que 73% dos juízes entrevistados concordam inteiramente ou muito que eles não aplicam somente lei, pois devem ser sensíveis aos problemas sociais, ou seja, acreditam ser responsáveis pela criação da lei.

Em mesma pesquisa, constou que 83,4% dos juízes participantes entendem que há excesso de formalismo na legislação. Na mesma linha de raciocínio, 82,3% acreditam que o excesso de formalismo é obstáculo para o funcionamento do judiciário.

Para Bedaque, determinadas formas são necessárias para garantir liberdade, porém não deve haver exagero, sendo escravo da forma. Situações de julgamento sem resolução do mérito devem ser excepcionais e a adaptação do procedimento deve ser em prol da aplicação da correta técnica processual.

Para o doutrinador, deve-se ter em mira o princípio da verdade jurídica objetiva, evitando-se assim o rigor excessivo. Há, conforme mencionado, necessidade de técnica processual, pois os custos do processo e sua morosidade influenciam decisivamente na captação de recursos externos e pode determinar os rumos da economia do país.

O equilíbrio entre celeridade e segurança, para Bedaque, é de fundamental importância e, inclusive, sinônimo de efetividade. Deve-se fugir do formalismo excessivo, com simplificação do procedimento e flexibilização das exigências formais.

Sobre o tema, Marinoni esclarece que é ilusão pensar que há apenas dever de ações normativas. A técnica processual é necessária, pois diante da omissão do legislador o juiz deve prestar a adequada tutela jurisdicional e há, portanto, um espaço para a discricionariedade.

Para o doutrinador, deve-se ter foco na distribuição do ônus do tempo do processo, na medida do direito do autor e fragilidade do réu. Dinamarco, em sua doutrina, alega que o formalismo pelo formalismo é fator de empobrecimento do processo e cegueira para seus fins.

III.I. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO FORMAL EM PORTUGAL.

Na busca de tornar célere a prestação jurisdicional, com vista a racionalização e simplicidade dos atos processuais e, inclusive, a justa composição do litígio, o ordenamento jurídico de Portugal incorporou no vigente código de processo civil o princípio da adequação formal.

Deve o juiz, de acordo com o artigo 265 – A¹⁹ do Código de processo civil, ordenar a tramitação da lide, adequando à especificidade da matéria litigiosa e, assim, evitar a prática de atos inúteis. Este processo pressupõe uma nítida confiança no juiz em exercer uma prudente e flexível condução do processo.

De acordo com o princípio incorporado à norma, deve o juiz, após ouvir as partes, adotar mecanismos de simplificação, sem deixar de garantir a igualdade das partes e o contraditório, para proporcionar a composição do litígio em prazo razoável.

Prestigia-se, com esse princípio, o mérito à substância em detrimento da mera formalidade processual. E, nessa nova visão do processo, de acordo com texto de Portugal sobre o tema, importa desestimular o uso de faculdades dilatórias pelas partes, que pode ser dividido em três fases: evitar injustificável prolixidade, com peças processuais e meios de provas inadequados; aplicação de penalidades sancionatórias (taxa sancionatórias) por abusos cometidos por manifestações (recurso ou requerimentos) manifestamente improcedentes; por fim, o aplicação do instituto da litigância de má-fé, por violação dos deveres de boa-fé, com aplicação de multa superior a simples taxa sancionatória.

Importante citar para visualizar a aplicabilidade do princípio acima citado, decisões judiciais de Portugal sobre o tema:

Acórdão nº 0150112 de Tribunal da Relação do Porto, 19 de Março de 2001

I - Não constitui obstáculo à cumulação sucessiva, prevista no artigo 53 n.1 alínea c) do Código de Processo Civil, a circunstância de se ter iniciado uma execução sob a forma de processo ordinário a que se aplica o disposto no Decreto-Lei n.274/97 de 8 de Outubro e se pretender cumular, com esta, execução que segue forma de processo ordinário. II - O tribunal deve aplicar o princípio da adequação formal, previsto no artigo 256-A do Código de Processo Civil, quando a forma de processo aplicável difere apenas pelo valor da respectiva execução. (Grifo nosso)

19 Art. 265º-A do CPC português: Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

Acórdão nº 7423/2006-6 de Tribunal da Relação de Lisboa, 19 de Outubro de 2006

I - A reforma adjectiva de 95 veio privilegiar os aspectos de ordem substancial em detrimento das questões de natureza meramente formal, de que é corolário o princípio da adequação formal (artº 265º-A do CPC) e daí que se aceite não haver obstáculo à correcção oficiosa da forma incidental desde que, obviamente, o respectivo requerimento comporte os elementos fundamentais da forma incidental que se mostre adequada (Grifo nosso)

Verifica-se que o princípio da adequação formal devidamente aplicado nas decisões judiciais daquele país, valoriza-se a substância e a finalidade da medida e não a aplicação do simples formalismo. Implementou, portanto, a legislação portuguesa um regime processual civil mais simples e flexível, sem abandonar o contraditório.

Sobre o tema, doutrinadora Vania Furtado afirma:

O art. 265º-A CPC, não o diz, mas é claro que a tramitação sucedânea tem de respeitar estritamente a igualdade das partes (art. 3º-A CPC) e, em particular, o princípio do contraditório (art. 3º/2/3 1ª parte CPC). Mesmo que, como o art. 265º-A CPC, o exige, a parte tenha sido previamente ouvida, ela não fica impedida de invocar o desrespeito daqueles princípios na tramitação sucedânea. A prática ou a omissão de um acto que implica a ofensa daqueles princípios traduz-se numa nulidade processual (art. 201º/1 CPC), pois que são directamente violados os preceitos que os consagram (arts. 3º/2/3 1ª parte e 3º-A CPC) e essa violação influi certamente no exame ou decisão da causa.²⁰

Embora tenha possibilidade de flexibilização procedimental, a doutrinadora acima citada salienta que o contraditório e a igualdade das partes devem ser respeitados, sob pena de traduzir em nulidade processual. Contudo, aponta a doutrina, que as mudanças não surtiram o efeito desejado, por falta de adesão dos operadores do direito ou ainda não terem despertado para a

20 <http://pt.scribd.com/doc/6227074/Processo-Civil>

nova perspectiva processual. A mudança, portanto, é gradativa, e depende da mudança de ideologia de seus operadores.

III.II. FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO DIREITO COMPARADO.

A possibilidade de flexibilização do procedimento em prol da efetividade, conforme já esclarecido em tópico acima, em Portugal foi incorporado ao texto legal e denominado o princípio da adequação formal. O juiz inglês, por exemplo, com a mudança significativa na sua postura, tem maior contato com o processo e com a produção de prova.

Em 1999, na Inglaterra, foi elaborado pelo magistrado Lord Woolf o código de processo civil denominado Rules of Civil Procedure, que introduziu significativa mudança no ordenamento jurídico. Com sua promulgação foram concedidos inúmeros poderes aos juizes (active case management), autorizando a regular direção do litígio pelo julgador a fim de alcançar a justiça substancial.

Com o poder conferido no direito inglês ao juiz, busca-se a solução do conflito de maneira justa, rápida e econômica, sem obstruir a possibilidade de solução por meios alternativos. A reforma processual inglesa implicou na redução do tempo médio para julgamento que em 1997 era de 639, passou para 498 dias em 2000-2001.²¹

A gestão ativa do direito inglês no Civil Procedure Rules é apresentada da seguinte maneira:

1,4 (1) O tribunal deve promover ativamente o objetivo primordial da gestão dos casos.

(2) Gestão ativa de casos inclui – (a) incentivar as partes a cooperar uns com os outros na condução do processo; (b) identificar os problemas numa fase inicial; (c) decidir rapidamente as questões que precisam de completa investigação e julgamento e descartar sumariamente as outras; (d) decidir a ordem em que as questões devem ser resolvidas; (e) incentivar as partes a utilizar procedimento alternativo de resolução de litígios (GL) se o tribunal considerar ser apropriado, devendo ser facilitado o uso de tal procedimento; (f) ajudar as partes para resolver a totalidade ou parte do processo; (g) fixar

21 (CABRAL, 2012)

prazos ou controlar o progresso do processo; (h) considerar se os prováveis benefícios de tomar uma determinada etapa justificam o custo de tomá-la; (i) lidar com muitos aspectos do caso na mesma ocasião; (j) lidar com o caso sem que as partes necessitem de comparecer no tribunal; (k) fazer uso da tecnologia, e (l) dar diretrizes para garantir que o julgamento de um caso proceda de forma rápida e eficiente.²² (tradução nossa)

Verifica-se claramente com a leitura do artigo do vigente Civil Procedure Rules inglês, a grande preocupação do legislador de impor solução eficaz ao conflito posto para julgamento. Deve-se, em suma, incentivar a cooperação, identificar problemas iniciais (assim como as condições da ação do direito brasileiro), flexibilidade no procedimento, visando a solução para garantir o julgamento rápido e eficiente.

Na França, ao contrário da Inglaterra que o juiz possui vasto poder discricionário para dirigir o processo, as partes possuem poderes para condução do processo por meio de contratos de procedimentos. Há na França um movimento que entrou em vigor em 1981 visando um modelo jurídico negocial, que busca refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes.²³

Sobre o tema, pode-se visualizar essa possibilidade negocial do procedimento no artigo 23 do Decreto n.º 1678 de 28/12/2005 do ordenamento jurídico francês, a saber:

O terceiro parágrafo do artigo 764 é substituído pelas seguintes disposições: "Pode, depois de obter o acordo dos advogados, definir um calendário para o pré-julgamento.

22 <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>. Original: 1.4 (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

23 (CABRAL, 2012)

O calendário tem o número esperado e a data da troca de conclusões, a data de encerramento, os debates e, não obstante o primeiro e segundo parágrafo do artigo 450 afirma a entrega da decisão.

Os prazos previstos no calendário não podem ser estendidos em caso de motivo grave e devidamente justificado.

O juiz pode também remeter o assunto para uma conferência posterior para facilitar a resolução do litígio.²⁴ (Tradução nossa)

Com a leitura do citado artigo do ordenamento jurídico francês, verifica-se a possibilidade dos advogados obterem acordo para definir o procedimento anterior ao julgamento, tendo em vista o princípio da cooperação dos juízes e das partes em harmonia com o princípio do contraditório.

IV. ACESSO À JUSTIÇA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Formas para minimizar a morosidade da justiça, sem sacrifício à segurança jurídica, são buscas incessantes em pesquisas de diversos estudiosos do direito, pois a duração razoável do processo e seu alto custo têm reflexos na economia do país e na geração de riqueza.

A duração razoável do processo, que é um desdobramento do direito de ação, não é preocupação somente brasileira. No nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, o direito foi inserido na Emenda Constitucional número 45 de 2005. Atualmente o tempo é de vital importância, com globalização social, aceleração dos meios de comunicação, tornando notórias as vantagens e desvantagens do poder público.

Em doutrina de Nelson Nery Junior, consta que 60% dos processos são de responsabilidade do poder público e isto tem reflexos nos cidadãos, em suas rotinas e no poder econômico de todos, com grande relevância nos reflexos nos negócios jurídicos. O poder público é responsável por mais da metade dos processos, o que torna complicado pensar em celeridade processual e

24 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000815269&dateTexte=&categorieLien=id>. Texto original: Le troisième alinéa de l'article 764 est remplacé par les dispositions suivantes: Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.

técnicas para solução de litígios, pois o Estado, o maior interessado, não demonstra interesse para minimizar os reflexos da morosidade.

Para Marinoni, o acesso à justiça não deve estar ligado à litigância. A demora implica na inibição da evolução da sociedade e indefinição jurídica. Necessário se faz maior grau de previsibilidade das decisões, com racionalização, democratização do acesso à justiça e o direito fundamental à efetividade. A demora na solução do litígio é grave ao que menos tem e favorece grandes empresas, além de desencorajar investimentos estrangeiros e criar reflexos prejudiciais nas atividades empresariais.

Sobre o tema acesso à justiça, artigo publicado que questiona ser o litígio um direito ou luxo inacessível:

A meta para uma maior eficácia e eficiência do sistema de assistência jurídica é louvável, mas um sistema jurídico que não ajuda aqueles que precisam ter acesso à justiça é um sistema que, em última análise, é menos eficiente e custa muito mais.

Numa sociedade civilizada, o acesso à justiça é um direito do cidadão. Este direito não merece ser disfarçado por políticas de compensação.²⁵ (tradução nossa, grifo nosso)

O direito ao acesso à justiça, portanto, está diretamente ligado à duração razoável do processo e deve ser facilitado, pois não é luxo inacessível e sim direito fundamental do cidadão.

Ademais, em tempos de economia global em recessão, direitos individuais não podem ser ignorados ou enfraquecidos. Em manifesto publicado em 2010 na Inglaterra por The Law Society²⁶, constou que a regra legal não significa nada sem o efetivo acesso à justiça para todos.

25 <http://www.thelawyer.com/litigation-%E2%80%93-a-right-or-an-unaffordable-luxury?/1011168.article>

The goal towards greater effectiveness and efficiency of the legal aid system is laudable, but a legal system that does not help those in need to get access to justice is a system which will, ultimately, be less efficient and cost more. In a civilised society, access to justice is the right of the citizen. It does not deserve to be coloured by political invective about “compensationitis”

26 <http://www.lawsociety.org.uk/new/documents/2010/manifesto2010.pdf>

De acordo com o texto inglês, deve a legislação ser clara e acessível, justa e eficaz, para garantir equilíbrio entre direitos e deveres dos cidadãos em uma sociedade democrática.²⁷

Sobre a efetividade do sistema legal, importante colaboração traz o site oficial do Ministério da justiça da Nova Zelândia²⁸. Naquele ordenamento jurídico consta que a efetividade do sistema legal deve estar ligada a cinco pontos, que seguem na ordem²⁹: garantir o direito das pessoas poderem acessar os serviços; fornecer a combinação certa de serviços; fornecer serviços de alta qualidade de assistência judiciária; apoiar um sistema judicial eficiente e eficaz; gerenciar os fundos dos contribuintes de forma eficaz.

Ainda consta no estudo que não basta a garantia de forma isolada dos itens acima elencadas, pois necessário se faz a interação entre os componentes. O desequilíbrio em um dos cinco componentes, por exemplo, afetará o conjunto e proporcionará a desejada efetividade do sistema legal. Por fim, não exclui na busca desse objetivo, a necessidade de criar incentivos para desestimular atrasos desnecessários e buscar soluções rápidas.

V. TUTELA TRANSINDIVIDUAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Com a alteração substancial do perfil do direito, a ampliação do rol dos direitos tutelados, a sociedade de consumo e economia de massa, necessário se faz criar técnicas para solução de litígios nessa nova ordem mundial. Com essa mudança o conceito de acesso à justiça também é alterado, eliminando barreiras de acesso à justiça na concepção social coletiva.

Os direitos transindividuais afastam as inconveniências inerentes às demandas individuais com o intuito de efetivar direitos sociais fundamentais. Nessa nova ótica, necessário se faz flexibilizar exigências formais relacionadas à admissibilidade das ações coletivas, como, por exemplo, direitos do consumidor, do meio ambiente, da previdência social e servidores públicos.

27 <http://www.lawsociety.org.uk/new/documents/2010/manifesto2010.pdf>. Texto original: Clear and accessible legislation is the key to balancing the rights and obligations of citizens in a democratic society. Individuals and businesses need sensible, fair and effective laws which have been properly scrutinised.

28 <http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/t/transforming-the-legal-aid-system/transforming-the-legal-aid-system-1/components-of-an-effective-legal-aid-system>

29 Ensure the right people can access services; Provide the right mix of services; Provide high-quality legal aid services; Support an efficient and effective court system; Manage taxpayer funds effectively.

Com as mudanças, tornou-se necessário criar instrumentos parecidos com as class action for damages do direito norte americano, ampliando para além do âmbito da ação condenatória, sem deixar de respeitar os princípios do civil law. No nosso ordenamento jurídico, os direitos transindividuais são divididos em: difusos (grupo indeterminado, natureza indivisível e circunstancias de fato); coletivos (determinado objeto individual, relação jurídica base, natureza indivisível); individuais homogêneos (determinável, objeto individual e origem comum).

Na doutrina de Grinover, Watanabe e Mullenix sobre o tema, consta que há uma tendência de cada vez mais países criarem processos coletivos com o amadurecimento do class action. Em busca da efetividade, busca-se contemplar maior quantidade de causas e abranger interesses difusos e coletivos. Necessário também nesse cenário criar legitimidade própria, peculiaridades na coisa julgada e abertura de legitimação nas ações de direitos transindividuais.

Para Marinoni, as tutelas transindividuais são direitos de 3º geração. Iniciou-se com o class action do direito medieval inglês e norte americano do século XIX. Essas tutelas têm grande reflexo para evitar impunidade de grandes empresas e causadores de prejuízos, proporcionando um cidadão ativo na vida social, neutralizando vantagens de litigantes com grande poder econômico e, assim cria um trabalho racional.

VI. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

O importante é pacificar, sendo irrelevante se por meio do Estado ou não. O processo é lento e caro e torna-se necessária a ruptura com o formalismo, entendimento este de Grinover, Cintra e Dinamarco.

Para Paroski, o acesso à justiça deve se dar por meio adequado, tempestivo e efetivo e o acesso não exclui outras formas de solução de conflitos. Watanabe, sobre o tema, esclarece que o importante é ter acesso a ordem jurídica justa, porém diante da deficiência do sistema, é possível recorrer à mediação.

Para Marinoni, somente o Estado não resolve, necessário ter em foco que acesso à justiça não deve estimular à litigância. Pode-se recorrer, por exemplo, aos meios alternativos de solução de conflitos, como conciliação, arbitragem e mediação, que reduzem custos, favorecem incentivos e maximizam ganhos na relação comercial.

Atualmente existe crise no processo, com procura de meios alternativos para solução de demandas, movimento este universal de acesso à justiça. Com isso, procura-se a desjudicialização das relações em busca da efetividade. Cappelletti acredita em acesso à justiça por meios alternativos, sendo esta a 3ª onda substitutiva da justiça contenciosa por coexistencial, ou seja, a paz privada.

Meios alternativos para solução de conflitos são de grande importância quando o Estado se apresenta deficiente. A morosidade e altos custos do judiciário, por exemplo, aumentam em 30% o spread bancário, fator este que inibi o crescimento social do país.

No direito inglês, por exemplo, há expressa determinação legal do evitar litígios judiciais quando possível acordo por meios alternativos, a saber (Pre-Action Protocol for Personal Injury Claims):

2,16. As Partes devem considerar se alguma forma de procedimento alternativo de resolução de litígios seria mais adequada que a contenciosa e, em caso afirmativo, se esforçar para decidir qual forma adotar. Tanto o requerente quanto requerido podem ser inquiridos pelo Tribunal para apresentarem provas de que os meios alternativos de resolução de sua disputas foram considerados. Os Tribunais entendem que o litígio deve ser um último recurso, e que as alegações não devem ser emitidas prematuramente quando um acordo ainda está sendo ativamente explorado. As partes são avisadas de que se o protocolo não é seguido (incluindo este parágrafo), o Tribunal deve ter em conta tal conduta quando da determinação dos custos. 2,17. Não é possível neste protocolo abordar em detalhe como as partes podem decidir qual o método a adotar para resolverem suas disputas particulares. No entanto, resumidamente a seguir segue algumas das opções de resolução de litígios sem litígios:

Discussão e negociação. Avaliação neutra por um terceiro independente (por exemplo, um advogado com experiência na área de acidentes pessoais ou de um indivíduo experiente no assunto objeto da reclamação).

Mediação - uma forma de negociação facilitada assistida por uma parte independente e neutra.³⁰ (tradução nossa)

Ainda em um aspecto internacional, a arbitragem é uma excelente alternativa para solução de conflitos, pois nela insere-se a neutralidade, a confidencialidade, eficiência, custo-eficácia e aplicabilidade.³¹

VII. CONCLUSÃO.

A complexa sociedade atual cria questionamentos e necessidade de pensar o direito com o propósito de atender a grande quantidade de tutelas provenientes da sociedade de massa e consumista. Busca-se incessantemente efetividade nas tutelas e de forma unânime afasta-se a aplicação de formalismo oco e vazio como meio de contribuir para a solução dos litígios.

Necessário se faz também certa margem de flexibilidade procedimental para efetividade e garantia de direitos fundamentais, porém difícil encontrar o ponto de equilíbrio entre os limites de poder discricionário para o julgador sem atingir um ativismo judicial.

O acesso à justiça não é posto como incentivar à litigância, pois o processo é caro e lento. Meios alternativos são de grande importância, pois o importante é pacificar, seja por intermédio do Estado ou não.

30 2.16. The parties should consider whether some form of alternative dispute resolution procedure would be more suitable than litigation, and if so, endeavour to agree which form to adopt. Both the Claimant and Defendant may be required by the Court to provide evidence that alternative means of resolving their dispute were considered. The Courts take the view that litigation should be a last resort, and that claims should not be issued prematurely when a settlement is still actively being explored. Parties are warned that if the protocol is not followed (including this paragraph) then the Court must have regard to such conduct when determining costs.

2.17 . It is not practicable in this protocol to address in detail how the parties might decide which method to adopt to resolve their particular dispute. However, summarised below are some of the options for resolving disputes without litigation:

Discussion and negotiation.

Early neutral evaluation by an independent third party (for example, a lawyer experienced in the field of personal injury or an individual experienced in the subject matter of the claim).

Mediation – a form of facilitated negotiation assisted by an independent neutral party.

31 <http://www.thelawyer.com/to-arbitrate/1000357.article>. Texto original: The strengths of international arbitration are many, and include neutrality, confidentiality, efficiency, cost-effectiveness and enforceability.

De grande valia, portanto, o estudo sobre técnicas para solução da deficiência Estatal em resolver conflitos, seja por meio alternativos, ações transindividuais ou flexibilidade procedimental. Porém a árdua tarefa é encontrar o ponto de equilíbrio entre os poderes dos julgadores, diante da necessidade de flexibilidade procedimental e certo grau de discricionariedade, para não transformar em ativismo judicial e ferir a estrutura do estado democrático de direito.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ªed. São Paulo –SP. Malheiros Editores, 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental>> acesso em 26/06/2012.

CINTRA. Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FARIA, Ana Maria Jara Botton. Judiciário e economia: equalização desejada e necessária. Revista direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v.2, n.2, jun./dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd>>. Acesso em: 01 mar. 2012

FRANÇA. Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005. Disponível em: <<http://www.egifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000815269&dateTexte=&categorieLien=id>> acesso em 26/06/2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de civil law e common law, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnicas processuais e tutela dos direitos. 3º ed. ver. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORFEE, Robert. The Lawyer. Litigation – a right or an unaffordable luxury? Disponível em: <<http://www.thelawyer.com/litigation-%E2%80%93-a-right-or-an-unaffordable-luxury?/1011168.article>> acesso em 27/06/2012.

NERY Junior, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOVA ZELÂNDIA. Ministry of justice. Components of an effective legal aid system. Disponível em: <http://www.justice.govt.nz/publications/global_publications/t/transforming-the-legal-aid-system/transforming-the-legal-aid-system-1/components-of-an-effective-legal-aid-system> acesso em 27/06/2012.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. Scientia iuris, Londrina, v. 10, p.225-242, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132>> Acesso em 17/04/2012.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003. Disponível em: http://www.febraban.org.br/arquivo/destaques/armando_castelar_pinheiro2.pdf. Acesso em 14/04/2012

PORTUGAL. Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/463719/exposi_o_de_motivos.pdf> acesso em 26/06/2012.

PORTUGAL. Princípio da adequação formal. Disponível em: <<http://vlex.pt/tags/principio-da-adequacao-formal-751211>> acesso em 26/06/2012.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista GV, São Paulo, v.7, p.15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD07_3_015028_A%20economia%20da%20arbitrag>

m_Antonio%20Celso%20Pugliese%20e%20Bruno%20Meyerhof%20Salama.pdf> acesso em 17/04/2012.

REINO UNIDO. Part 1 - Overriding Objective. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>> acesso em 26/06/2012.

REINO UNIDO. Pre-Action Protocol for Personal Injury Claims. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_pic#IDAVR1HC> acesso em 26/06/2012.

SILVIA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora Editora, 2012.

TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. Perspectivas da flexibilização procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do Senador Valter Pereira ao projeto de lei no Senado nº 166, de 2010. Revista eletrônica de direito processual. Rio de Janeiro, ano 5, v.7, p.136-157, jan./jun. 2011. Disponível em: <www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf> acesso em 15/05/2012.

WATANABE, Kazuo. Congnição no processo civil. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

TAMIMI, Essam Al. The Lawyer. To arbitrate. Disponível em: < <http://www.the-lawyer.com/to-arbitrate/1000357.article>> acesso em 27/06/2012.

THE LAW SOCIETY. The Law Society manifesto 2010. Disponível em: < <http://www.lawsociety.org.uk/new/documents/2010/manifesto2010.pdf>> acesso em 27/06/2012.