**A CONTRIBUIÇÃO DA FUNGIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA PARA A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL.[[1]](#footnote-2)**

*Eva Pedrosa[[2]](#footnote-3)*

*Luenna Braga[[3]](#footnote-4)*

*Hugo Passos[[4]](#footnote-5)*

**Sumário**: Introdução; 1. Diferença entre processo e procedimento; 2. A Flexibilização procedimental e sua relevância para o Direito; 3. A fungibilidade da tutela antecipada como um elemento que estabelece a Flexibilização procedimental; Considerações Finais; Referência.

RESUMO

A presente pesquisa aborda a flexibilização procedimental por meio da tutela antecipada, como uma das formas de suprir a necessidade da adaptação do rito aos reclames da causa, posto que devido ao apego excessivo às formas, o processo se tornou um fim em si mesmo, o que ocasionou seu engessamento, afastando-o então de sua real finalidade que é satisfazer o direito material, propiciando uma prestação jurisdicional efetiva. A rigidez dos atos processuais, põe dois imprescindíveis valores em cheque para identificar o verdadeiro objetivo do processo, a segurança jurídica e a efetividade, a primeira assegura o devido processo legal, enquanto a segunda garante a celeridade da prestação jurisdicional.

PALAVRA-CHAVE: Flexibilização Procedimental-Direito Processual Civil- Formalismo- Fungibilidade da tutela antecipada- Princípios.

**INTRODUÇÃO**

A carência e a ineficiência do procedimento faz refletir na sociedade a necessidade de uma flexibilização procedimental, ou seja, de uma adequação do rito às circunstâncias da causa, ora em maior, ora em menor intensidade (GAJARDONI. 2011, p. 1), para que se realize uma verdadeira prestação jurisdicional com as devidas garantias da segurança jurídica e da efetividade.

A flexibilização procedimental é vista sob a perspectiva de três viés , modular os atos processuais em razão da satisfação do direito, o que recairá sobre toda a sequência lógica do procedimento; a sumarização de cognição, a fim de se obter um processo efetivo com redução dos prazos, recombinação ou supressão dos atos processuais, tudo para que se alcance uma devida prestação jurisdicional, uma delas se encontra na realização da fungibilidade tutela antecipada; e adequar os procedimentos as realidades da demanda, o que claro deverá ocorrer apenas em casos excepcionais em favor de situações particulares. (GAJARDONI. 2011, p. 4-5)

A tutela antecipada é um meio de prova da existência e da eficiência desta flexibilização procedimental, esta nada mais é do que uma tutela satisfativa utilizada para resguardar direitos quando a parte não pode esperar o curso normal do processo ordinário devido a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação ao seu direito. É permitido também a fungibilidade desta tutela antecipada, pois antes dela existir, se utilizava erroneamente outro instrumento que possui uma finalidade garantista, a cautelar, então se o individuo pedir uma tutela antecipada, quando na verdade o que pretende é uma tutela cautelar, se preenchido os devidos pressupostos, que são o ‘periculum in mora’ e o ‘fumus boni iuris’, o juiz não indefere o processo e sim concede a tutela pretendida pelo individuo. Este dispositivo possui clara relação com o principio da instrumentalidade das formas, onde não se anulam os atos processuais foi o importante é o fim, e não os meios.

A lei fixou uma forma rígida a ser seguida durante o andamento do processo, o que não só o estagnou, como também o próprio ato processual e até mesmo a sentença. O formalismo não pode ser um obstáculo para o processo. É portanto, necessária que se estabeleça certa flexibilização procedimental, o que é severamente vetado por quem defende a rigidez da forma, pois estes afirmam que pela modulação no processo é inviável a segurança e a previsibilidade, ideário este errôneo, uma vez que a flexibilidade de um sistema é medido pela possibilidade das partes do juiz modificarem este formalismo rigidamente instituído pela lei, basta apenas que as partes saibam dos atos antes deles serem instituídos no processo. A ideia que vem a ser defendida é a de que se propicie a flexibilidade dos procedimentos devido ao interesse publico na efetividade da via jurisdicional.

**1 DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO**

A palavra processo é derivada de uma palavra grega, que significa ‘vir de trás e ir adiante’, por isso o processo é visto apenas como uma sequencia de atos processuais, mas este é um elemento complexo que possui diferentes formas a ser interpretado, como por exemplo, a formal e a substancial, a formal remete a atos que buscam trazer uma finalidade conclusiva, semelhante ao de procedimento; a substancial remete ao poder do autor de exercer seu direito de ação, ao do réu exercer seu poder de defesa e o meio pelo qual o Estado exercer seu dever de jurisdição, ou seja, é estabelecido por esta ótica a relação jurídica processual (GAJARDONI. 2008, p. 30).

A doutrina se divide e uma parcela apregoa que o processo nada mais é do que regras e princípios que estabelecem a organização judiciarias e a direção dos procedimentos judiciais (GAJARDONI. 2008, p. 31). O processo é um conjunto de atos necessários para a obtenção de uma efetividade judicial em um determinado caso concreto, poder ter nenhum, um ou mais procedimentos e impondo também deveres, direitos, ônus e sujeições a todos aqueles participantes do processo, como as partes, advogados, juízes e auxiliares da justiça, ou seja, são princípios e disposições que objetivam gerir a justiça (GAJARDONI. 2008, p. 32).

A palavra procedimento é de originária do latim e significa ‘andar para frente’, este é o meio exterior utilizado do começo ao fim do processo para se alcançar o objetivo visado (GAJARDONI. 2008, p. 34). Nada mais é do que a maneira como se desenvolve o processo, seus tramites e a forma dele ser (GAJARDONI. 2008, p. 35), ou seja, é o método de trabalho ou pauta do processo (GAJARDONI. 2008, p. 36). Fernando da Fonseca Gajardoni define esta diferença como

Procedimento seria o rito do processo, isto é, a sequencia dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, assim como a relação que entre estes atos se estabelece na série, variáveis segundo as exigências do direito material, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionaram o legislador. Já processo seria o conjunto dos atos entre si encandeados e tendentes a uma finalidade comum, a sentença; ou em outros termos, seria o procedimento acrescido da relação jurídica que se estabelece entre o juize as partes, com eclosão de deveres, direito, pretensões, ônus e sujeições.

De modo que o procedimento é um das vertentes do processo, portanto, não existe processo sem procedimento (GAJARDONI. 2008, p. 36), pois no caso aquele seria uma estrutura disforme (GAJARDONI. 2008, p. 37). Sendo necessário que o procedimento seja executado com o devido contraditório, abarcando as garantias imprescindíveis para que as partes possam defender suas posições, produzam provas e contribuam para a formação do convencimento do juiz (GAJARDONI. 2008, p. 37), são exemplos, a petição inicial em juízo, a contestação, as exceções, a reconvenção, o recurso de apelação e o agravo de instrumento, as regras que determinam os prazos, as citações e intimações; assim, a principal diferença é que o processo é abstrato, é uma ficção judicial, enquanto o procedimento é concreto, são sequencias de atos ordenados para se atingir a efetividade judicial que se pretende (GAJARDONI. 2008, p. 39). Só existirá o devido processo legal com o devido desenvolvimento do procedimento, incluindo todos os seus elementos e corolários, que deveram ser realizados em um período razoável. (GAJARDONI. 2008, p. 38).

**2 A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO**

A doutrina tradicional que é caracterizada pela rigidez estabelecida pela lei, a qual fixou o percurso necessário que o processo deve rigorosamente seguir, leva muitas vezes a produção de procedimentos inúteis e a morosidade do sistema judiciário, não assegurando a pretensão requerida pela parte, neste também é vedado ao juiz e as partes determinarem um procedimento diverso do que a norma impõe ou se valer de outro rito, visto que não obteve efetividade da suas pretensões por determinado sistema ou alternar entre sistemas rigidamente fixados. (GAJARDONI. 2008, p. 81).

Este forte ativismo judicial presente nos sistema de rigidez processual, verticaliza a relação jurídica do processo, o que atinge negativamente a isonomia entre as partes, pois o Estado-juiz fundamentado no que a lei diz, apodera-se do processo, sem que as partes possam intervir (GAJARDONI. 2011, p. 2).

A defesa deste formalismo esta baseado no ideal de que somente este meio é capaz de garantir o alcance da segurança jurídica e da previsibilidade, pois se afirma que sem uma rigidez, que estabeleça os percursos e fases do processo este nunca chegará ao fim e não haverá a solução da lide (GAJARDONI. 2008, p. 84).

Perspectiva esta que é repelida por Fernando da Fonseca Gajardoni, em seu artigo sobre aflexibilização do procedimento processual no âmbito da common law:

Exatamente por força da ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, tem se exigido dos sistemas inquisitoriais uma maior rigidez legal no exercício destes poderes, especialmente no tocante à condução do procedimento, sob a falha premissa de que só assim é possível o controle do arbítrio judicial. Premissa falha, pois a participação das partes em contraditório e a possibilidade de recurso para as instâncias superiores garantem suficientemente o processo contra decisões procedimentais arbitrárias ou ofensivas das garantias constitucionais do processo. (GAJARDONI. 2011, p. 2)

Fundamentando-se no art. 154 do Código do Processo Civil que determina “Aos atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”. Entende-se que basta que exista uma relação de adequação entre o ato praticado e a previsão legal (GAJARDONI. 2008. p. 103); no art. 5°, inciso LIV que afirma “ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e no inciso LXXVIII, que diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, compreende-se que a constituição não estabelece que as normas procedimentais devem ser rigorosamente aplicadas, mas que deva ser possibilitado as partes um processo efetivo, assegurado as garantias constitucionais, o que é plenamente viável com a adaptação do rito as necessidades da causa. ( GAJARDONI. 2008, p. 102), este nada mais é do que a realização do principio da elasticidade processual, a qual propõe justamente esta a adaptabilidade do procedimento às circunstancias da demanda e ainda com embasamento no principio da instrumentalidade, que defende que o objetivo da jurisdição é resolver o conflito e não o processo, por isso não importa se o processo for errado se ele estiver alcançado uma solução, com é defendida por Márcia Pessoa Toscano

o principio da instrumentalidade das formas, mormente em sua feição substancial, associada a efetividade, procurando satisfazer de maneira célere – sem deixar de ser responsável – aos que suplicam o auxilio do Poder Judiciário na solução de seus litígios. Tal principio proclama o desapego exagerado ao formalismo como meio de afastar óbices ao desenvolvimento do processo e alcance do escopo da jurisdição. De todos os princípios processuais, este e o que melhor reflete a evolução dos tempos e mais bem representa os valores do Estado Democrático de Direito, por primar pela busca da tutela jurisdicional efetiva. O apego desmedido a formalidade e a literalidade do texto positivado vai de encontro ao intuito do processo, que busca fornecer uma tutela jurisdicional tempestiva e imparcial. O dever quase que imprudente de repetição imoderada da lei e capaz de gerar situações bizarras, em que se da menos importância ao alvo a ser atingido e mais prestigio a arma utilizada. Em outras palavras, a forma se sobrepõe ao resultado, numa manifesta inversão de valores. (TOSCANO. 2011, p. 4-5)

Assim, deve-se evitar que o formalismo seja um empecilho para a obtenção da pretensão querida com o processo, estimulando a flexibilização procedimental, visto que há interesse publico em tornar o processo mais célere e efetivo, para esta modalidade existir em um sistema depende de ser possível ou não neste, liberdade das partes ou do juiz para alterarem as regras deste, modificando assim, o que a lei rigidamente estabeleceu, se o modo preclusivo é rigoroso ou não, se há possibilidade de um retorno a fases processuais já superadas. (GAJARDONI. 2008, p. 78)

A flexibilização procedimental fomenta atos procedimentais mais eficientes a satisfação da tutela pretendida, pois não tem o procedimento como uma garantia, mas sim como uma guia para a devida solução do conflito, permitindo que as partes e o juiz adaptassem o rito ao seu fim, sancionando devidamente quem intentasse algo ilícito, pois o juiz não está no centro de tudo, nem a lei é a máxima. O procedimento não é a garantia da segurança jurídica, mas sim uma técnica para direcionar o processo em torno do presente conflito, de modo que a processo se adéqua ao modo como as partes conduzem o processo, e não o contrario. (GAJARDONI. 2011, p. 2), de maneira que o julgador não é tido como simples executor da lei, mas sim como um intermediador do conflito, o que se da em razão se uma melhor tutela dos direitos (GAJARDONI. 2011, p. 3), dessarte, a flexibilidade procedimental não viloa a segurança jurídica nem o devido processo legal ( GAJARDONI. 2008, p. 7) , ressalvando-se que tal medida só seria utilizada em exceções, devido a situações particulares.

Como Fernando da Fonseca Gajardoni apregoa:

Sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível (...) Daí por que a absoluta rigidez formal é regar estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não como formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. (GAJARDONI. 2008, p. 85-86)

**3 A TUTELA ANTECIPADA COMO ELEMENTO QUE ESTABELECE A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL**

A flexibilização procedimental permite uma maneira mais célere e efetiva de se atingir a tutela do direito, por isso é imprescindível que exista uma adequação do rito as necessidades da causa. A tutela antecipada é um dos instrumentos que servem de exemplificação da existência e eficiência da flexibilização dos atos procedimentais, surgindo no momento em que o individuo requer uma tutela célere, não podendo esperar o devido curso do processo ordinário, então se antecipa os efeitos da provável sentença a ser proferida no processo, pois a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito daquele, sendo necessário o preenchimento dos requisitos da verossimilhança das alegações e prova inequívoca, ela tem a característica de ser provisória e é oportuna antes da citação do réu, depois da citação do réu e mesmo no momento da sentença.

É o que se nota no art. 461 , § 3°, do Código do Processo Civil,

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é ilícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

No principio da efetividade, que esta contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal que determina que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, de modo que este principio visa assegurar que a pretensão requerida no processo será devidamente atendida pelo direito material”. E no artigo 798 do Código de Processo Civil, que define que além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capitulo II deste livro, poderá o juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.,é um remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário (MARINONI; ARENHART. 2007, p 195)

Por esta também é permitida a fungibilidade da tutela antecipada, que se verifica diante de equivoco do individuo que requer uma tutela satisfativa, quando na realidade o que pretendia era uma tutela garantista, ou seja, cautelar. Ao invés do juiz indeferir o processo, ele o concede, o que faz ser notória a flexibilização neste procedimento, um instrumento importante para assegurar a devida tutela do direito do individuo, o que se pode contar no art. 273, § 7° do Código do Processo Civil, “Se o autor, a titulo de antecipação de tutela, requer providencia de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Deste modo, compreende-se a importância deste procedimento, uma vez que serve de remédio para eliminar o vicio instalado no processo, posto que morosidade do processo é prejudicial a parte que tem razão. (MARINONI; ARENHART. 2007, p 197), a flexibilização presente neste instrumento visa para impedir o‘periculum in mora’.

Por isso Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz, Arenhart**,** defendem em seu livro Processo de Conhecimento

Não há lógica em não conceder a tutela antecipada baseado em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...) o direito constitucional estaria sendo negado. (MARINONI; ARENHART. 2007, p. 210)

A tutela antecipada pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidencia do direito do autor e da fragilidade da defesa (MARINONI; ARENHART. 2007, p 196)

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O sistema jurídico fora rigidamente estabelecido pela lei, o que resulta no engessamento do próprio ato processual, do procedimento e até mesmo da sentença. Este sistema visa assegurar a previsibilidade e a segurança jurídica, contudo pode gerar atos inadequados e desnecessários à obtenção do que se pretende com o processo, trazendo morosidade ao sistema judicial, claro que o pilar para a devida solução de um conflito é a rigor formal, mas não se deve sujeitar a segurança e previsibilidade à mera aplicação da regra à norma cogente, inutilizando assim, a capacidade do juiz, pois este é um agente politico do Estado (GAJARDONI. 2008, p. 86).

Na tão pretendida flexibilização procedimental é facultado as partes e ao juiz determinar os atos processuais a serem realizados, deste modo se obtêm um processo mais célere, mas por outro lado passível a um insegurança jurídica. (GAJARDONI. 2008, p. 79), deve sim haver um critério para que se saiba onde o processo vai dar, este seria o motivo para que o rito seja adaptado as realidades da demanda (GAJARDONI. 2008, p. 87-88), assim, percebe-se que não existem modelos puros, é necessário analisar os prejuízos de uma flexibilização ao sistema processual e as consequências das partes e do juiz adequarem o rito as necessidades da causa (GAJARDONI. 2008, p. 80).

No entanto, é viciada a ideia de que somente a rigidez procedimental e a legalidade estabelecem a previsibilidade e a segurança jurídica, para isto é preciso apenas que as partes tenha conhecimento das regras procedimentais antes de serem utilizadas no processo ( GAJARDONI. 2008, p. 85), de modo que a flexibilização atende o interesse publico de torna o processo judicial mais célere e efetivo.

A fungibilidade da tutela antecipada, surge como uma medida em que se permite esta flexibilização dos atos procedimentais, onde o juiz e as partes podem alterar o curso rígido estabelecido pela lei e desta forma afastar o ‘periculum in mora’, garantindo desta então uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, atendo o interesse publico.

**REFERÊNCIAS**

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Flexibilização procedimental.** Arcos. Org. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental>>acesso em 14 de Mai, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos- ação de prestação de contas**. vol. 197. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais online. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law**. v. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais online. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um enfoque para o estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz**. Processo de Conhecimento**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOSCANO, Márcia Pessoa. **Principio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial**. Revista eletrônica Dike, v 1. n° 1. 2011.

1. Paper apresentado à disciplina de Processo de Conhecimento II da Unidade de Ensino Superior Dom-UNDB; [↑](#footnote-ref-2)
2. Graduanda do 5° período noturno da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB; [↑](#footnote-ref-3)
3. Graduanda do 5° período noturno da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB; [↑](#footnote-ref-4)
4. Professor, Especialista, Orientador. [↑](#footnote-ref-5)