José Roberto
dos Santos Bedaque

EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

2ª edição

M

introdução da tecnologia no processo, por puro apego a dogmas e tradições do passado.

Sem sombra de dúvida, esses fatores contribuem decisivamente para a situação caótica em que se encontra o sistema processual brasileiro.[12]

3. Processo justo *e técnica processual*

Prestigiada doutrina indica três grandes obstáculos a serem superados para que o processo atinja seu escopo: econômico, organizacional e processual. O primeiro está relacionado à pobreza, que impede o acesso à informação e à representação adequada. O segundo refere-se aos interesses de grupos, denominados "coletivos ou difusos", cuja proteção merece tratamento especial, pois constituem a grande característica da sociedade contemporânea. Por fim, depara-se com os óbices decorrentes da insuficiência do processo litigioso para a solução de determinados litígios. O movimento destinado a superá-los corresponde ao que se denominou "ondas renovatórias" do direito processual.[13]

12. Sobre os vários fatores determinantes para a demora do processo, cf. Barbosa Moreira, "O futuro da Justiça: alguns mitos", in *Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série*, pp. 4-5, que chama a atenção para o equívoco muito freqüente de se atribuir exclusivamente à legislação a responsabilidade pela morosidade. Em outra oportunidade, adverte para o hipertrofiamento desse aspecto, como se a rapidez fosse a única característica de um processo efetivo (cf. "A efetividade ...", *RePro* 74/128). Moniz de Aragão destaca que, paradoxalmente, a maior demora causada pelo elevado número de processos acaba estimulando soluções conciliatórias ("Procedimento: formalismo e burocracia", *RF* 358/51). No estudo ora apresentado pretende-se demonstrar que a má aplicação da técnica processual contribui decisivamente para a situação caótica em que se encontra o processo civil brasileiro. E isso ocorre, na grande maioria das vezes, por apego a dogmas, que sequer são submetidos a discussão, pois considerados inatingíveis: "Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito" (Cândido Rangel Dinamarco, *A Nova Era do Processo Civil*, 1ª ed., 2ª tir., pp. 11-12).

13. Cf. Mauro Cappelletti, "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à 'justiça'", *RF* 326/121 e ss. Em 1987, por ocasião do Congresso promovido pela Associação Internacional de Direito Processual em Utrecht, Holanda, o próprio Cappelletti, ao tecer considerações sobre o relatório geral, já destacava o crescente e amplo descontentamento popular com o funcionamento do processo judicial. A ineficiência e a sobrecarga de trabalho foram apontados como dois dos mais sérios problemas ainda não resolvidos em muitos países (cf. "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad", *RePro* 64/154). Pelo que se vê, pouco evoluímos nos últimos 18 anos.

Propõe-se ampliar essa visão dos óbices processuais, para incluir a questão da técnica processual, cuja complexidade, incorreta compreensão e má aplicação têm contribuído decisivamente para o insucesso do instrumento.

Por isso, a maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual.[14]

Deve, todavia, fazê-lo com extremo cuidado, para não comprometer alguns valores essenciais à segurança proporcionada pelo processo. A forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se.[15]

14. José Renato Nalini, juiz e doutrinador preocupado com a ineficiência do Poder Judiciário, considera utópica a idéia de aumentar o número de juízes, para nos aproximarmos do padrão germânico. Seria necessário passarmos de 15 para 150 mil, sem contar os funcionários, que ele calcula serem 20 para cada juiz. Não há, realmente, condições para tanto. Entre as inúmeras sugestões por ele apresentadas, uma está diretamente relacionada às preocupações a serem desenvolvidas a seguir: "O processo brasileiro, mercê da consistente elaboração da chamada 'Escola Paulista de Processo', chegou a se tornar mais importante do que o direito substancial. É preciso retomar a linha da instrumentalidade, pois processo é ferramenta de fazer justiça e não pode ser convertido em finalidade" ("Faltam juízes ou idéias?", *O Estado de S. Paulo* 7.7.2004, Caderno A, p. 2). Essa afirmação, feita por estudioso dos problemas da Justiça, não pode ser ignorada pelo processualista. Esta é a visão que os demais profissionais do Direito têm do processo. Alguma razão deve existir para isso. Precisamos verificar, portanto, de que maneira podemos contribuir para transformar o sistema processual em algo eficaz. Faz-se necessário eliminar certos dogmas, especialmente no que se refere a aspectos formais, a fim de que o processo seja realmente um instrumento de justiça: "Já não existe lugar para a preservação dos velhos paradigmas. A tradição, para ser mantida, há de ser dinâmica. Se a função judicial chegou a um ponto crítico, um novo olhar se justifica" (Nalini, idem, ibidem).

15. Moniz de Aragão estabelece interessante comparação entre formalismo e burocracia (cf. "Procedimento: ...", *RF* 358/52-53).

Apesar de a queda do muro de Berlim e a desintegração da União Soviética terem revelado quão frágeis e artificiais eram os regimes socialistas, não se pode negar algumas conquistas sociais importantes alcançadas naqueles países. Entre elas, digna de nota é a preocupação com o acesso à Justiça. Embora nem todas as medidas destinadas a ampliá-lo sejam compatíveis com a complexidade das relações jurídicas do mundo capitalista, devem ser ressaltadas a simplificação procedimental e a ausência de limites formais ao direito de ação e ao direito de ser ouvido em juízo, além do baixo custo e da relativização das conseqüências decorrentes de defeitos dos atos processuais.[19]

A menção a modelos hoje praticamente abandonados serve apenas para demonstrar que nada é completamente ruim, nem inteiramente bom. A dificuldade reside exatamente em extrair tudo o que há de aproveitável em regimes antagônicos, a fim de buscar aquele que mais se aproxime do ideal.

Postas essas idéias iniciais, esclarece-se, mais uma vez, ser este um estudo sobre a técnica processual – ou, melhor, sobre alguns aspectos da técnica processual. Dos vários que o tema envolve, e após algumas considerações genéricas, destacaram-se três: pressupostos processuais, condições da ação e as conseqüências decorrentes da não-observância da forma do ato processual. Por fim, tratou-se também de problemas relacionados à técnica da classificação das tutelas. A escolha deve-se ao fato de se encontrarem nesta sede resquícios do pensamento formalista, cujos adeptos esquecem-se de relacionar forma a fim. O formalismo não é em si um mal. O problema está nos exageros e na despreocupação com a finalidade pretendida pelo legislador, ao estabelecer requisitos para regularidade do processo e forma para os atos processuais.

próprio sistema" (*A Instrumentalidade ...*, 11ª ed., p. 328). Como bem pondera o eminente processualista, a forma, representada pelo devido processo legal, é penhor de segurança. Não se quer e não se deve suprimi-la. O que se pretende evitar é a transformação das regras formais "'num sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto', mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretende ir além de suas funções; 'instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento'" (idem, p. 329).

19. Cf. Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*, p. 79, esp. nota 158.

Interpretações distorcidas dos requisitos necessários ao julgamento do mérito – pressupostos processuais e condições da ação – e das exigências formais dos atos processuais têm levado à extinção de processos sem exame do direito à tutela jurisdicional, além de determinar a decretação de nulidades desnecessárias – conseqüências não desejadas e que, mediante compreensão adequada desses fenômenos, poderiam ser evitadas.

Tratou-se dos pressupostos processuais, das condições da ação e das nulidades processuais, pois todas essas categorias podem comprometer a admissibilidade da sentença de mérito. Pretende-se, em outras palavras, realizar análise retrospectiva do problema relacionado à não-observância das exigências prescritas pelo legislador para a regularidade do instrumento, fenômeno que pode comprometer sua eficácia prática. Aliás, o objetivo é buscar mecanismos para evitar que isso ocorra, não obstante a presença de algum vício.

O problema da técnica processual será enfrentado, portanto, por dois ângulos. Examinar-se-á a questão da ausência de requisitos processuais vista como óbice aos escopos do processo, com o objetivo de reduzir essa conseqüência, sempre que possível. Além disso, tratar-se-á da tutela jurisdicional obtida em instrumento viciado e do possível aproveitamento do resultado.[20]

Procurou-se também demonstrar que a polêmica doutrinária em torno da classificação das tutelas jurisdicionais constitui outro exemplo de tecnicismo prejudicial aos objetivos do processo, mesmo porque muitas das afirmações feitas nesta sede estão fundadas

20. Eduardo Talamini também realizou estudo retrospectivo desses problemas de natureza processual, mas considerou apenas um dos aspectos da questão, ou seja, a sentença proferida em processo viciado. De qualquer forma, a visão por ele apresentada quanto aos requisitos de admissibilidade e aos vícios do ato processual em si mesmo coincide com a deste estudo: "Parte da doutrina processual cuida de distinguir a validade dos específicos atos do processo da admissibilidade do processo, entendida essa como a adequação 'do processo, como um todo, para autorizar a tutela jurídica pretendida pelos sujeitos (partes da relação processual)' (pressupostos processuais da validade e condições da ação). Parece, no entanto, que a distinção não tem relevância retrospectivamente, isto é, no momento de qualificar o ato que indevidamente propiciou tutela jurisdicional quando faltava algum requisito de admissibilidade: tratar-se-á de invalidade" (*Coisa Julgada e sua Revisão*, p. 295).

em premissas equivocadas. Quanto a este ponto, o essencial é a adoção de critérios homogêneos para classificar as tutelas, o que facilita a compreensão abstrata do fenômeno e lhe confere utilidade prática. Se admitidas as premissas apresentadas no trabalho, muitos processos que hoje são extintos sem julgamento de mérito, porque inadequada a tutela pleiteada (ausência de interesse processual), serão aproveitados.

O processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, que perde a relação com seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribui para o amesquinhamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigências formais, obscurecendo a característica principal dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social.

Não se pode olvidar, ainda, que o formalismo desmedido também alimenta os processos, pois provoca incidentes desnecessários que acabam se transformando em recursos. Os Tribunais brasileiros estão abarrotados de questões processuais, o que torna ainda mais demorada a solução definitiva da crise de direito material.[21]

A luta pelo processo *antiformalista* é antiga. Já em 1970, por ocasião das V Jornadas de Direito Processual Latino-Americano, realizadas em Bogotá, proclamava-se ser esta a característica do processo moderno.[22]

Com a realização deste estudo espera-se contribuir para a tão almejada efetividade do instrumento concebido pelo Estado para afirmação do ordenamento jurídico material, solução dos litígios e pacificação social.

21. Cf. Hugo Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, "O formalismo e a instrumentalidade do processo – Questões relativas à instrução do agravo de instrumento", *Revista Dialética de Direito Processual* 2/43.

22. Cf. Alberto Luis Maurino (*Nulidades Procesales*, pp. 9-10), que se reporta ao então Projeto de Código de Processo Civil do Estado do México como sendo a base dessa conclusão, que continha regra facultando ao juiz a adoção da forma mais adequada ao cumprimento dos fins do processo.

5. Técnica processual e finalidade do processo

Apesar de suficientemente madura no que se refere aos aspectos técnicos do direito processual, a doutrina brasileira ainda não conseguiu o consenso necessário sobre determinadas noções essenciais de sua Ciência. As divergências constituem fenômeno absolutamente normal em qualquer ramo do Direito. Mas é preciso firmar os conceitos, para que as discussões se desenvolvam à luz de idéias e princípios adequados. Somente assim o processualista poderá optar por uma ou outra corrente, segundo suas concepções filosóficas e ideológicas. A correta compreensão dos fundamentos da técnica processual é uma das premissas fundamentais à efetividade do processo.[23]

O grande problema, ainda não solucionado pelos estudiosos do direito processual, é a morosidade do instrumento estatal de solução de controvérsias, que acaba comprometendo sua eficácia prática. Como bem observado por estudioso brasileiro, o exame da História revela a busca do processo ideal, talvez ainda não encontrado.[24]

Se a afirmação comporta alguma correção, seria para substituir a dúvida pela certeza. O processo civil ideal certamente ainda não existe.

Inúmeros são os óbices a que esse objetivo seja alcançado; e a doutrina vem procurando eliminá-los.

23. Barbosa Moreira reconhece a relevância da técnica para o bom funcionamento do processo e faz advertência sobre a qual é preciso refletir e tomar atitude: "No Brasil, forçoso é admiti-lo, as noções técnicas, mesmo as mais elementares, nem sempre parecem haver-se enraizado com a firmeza necessária no patrimônio cultural de todos os operadores do Direito, seja qual for a categoria a que pertençam. Ora, com má técnica não se conduz a bom termo processo algum. É indispensável, portanto, que os processualistas se ocupem da técnica. Se não o fizerem, ninguém mais o fará: decididamente não havemos de esperar (nem, aliás, de desejar...) que se disponham a suprir nossa omissão economistas, sociólogos ou especialistas em Ciência Política" ("Os novos rumos do processo civil brasileiro", in *Temas de Direito Processual: Sexta Série*, p. 76). Acrescentaria ao rol apresentado pelo Professor alguns pretensos processualistas, que poderiam muito bem dedicar-se a outros ramos do Direito. Não podemos perder tempo, pois os aventureiros estão ganhando terreno.

24. A observação é de João Batista Lopes, "Novas tendências do processo civil", *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP. Anais do Seminário CONPEDI-UNIMEP Hermenêutica e Direitos Fundamentais*, p. 49.

Este ensaio nada tem de original em relação a esse aspecto. Também se preocupou com a efetividade do processo, no sentido de procurar soluções para a frustrante ineficácia prática da tutela jurisdicional.

Talvez a ênfase afaste-se um pouco da que hoje vem predominando. Não se tratará dos mecanismos destinados a tornar efetivas as várias modalidades de tutela jurisdicional. Limitar-se-á ao campo da técnica processual. Tentar-se-á demonstrar ser o emprego inadequado da forma – esta, considerada em sentido amplo – um dos grandes responsáveis pela demora do processo, pois o transforma em instrumento a serviço do formalismo estéril, não do direito material e da ordem jurídica justa.

Trata-se de um dos inúmeros aspectos pelos quais pode ser tratado o problema da *efetividade do processo*,[25] entendida esta como aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados.

25. Que abrange também o social, representado pela capacidade de "veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça", bem como pela aptidão de proporcionar "aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais" (Barbosa Moreira, "Por um processo socialmente efetivo", in *Temas de Direito Processual: Oitava Série*, pp. 15-16).

Penso que a busca da efetividade mediante aplicação correta e racional da técnica constitui um dos aspectos relevantes e – não obstante todo o progresso científico do direito processual – ainda não suficientemente explorado. Naquilo que denominou "programa básico" para atingir a efetividade, Barbosa Moreira considera que o processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento, com o mínimo de dispêndio de energia ("Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de Direito Processual: Sexta Série*, p. 18). Processo efetivo, em seu entender, é processo eficiente, ou seja, apto para desempenhar do melhor modo possível sua função, seu fim específico (cf. "A efetividade ...", *RePro* 74/128). A correta aplicação da técnica processual constitui fator de fundamental importância para que esse programa seja cumprido com sucesso. Além da advertência feita pelo autor quanto ao risco de eleição da efetividade e da celeridade como valores absolutos ("Efetividade do processo ...", in *Temas ...: Sexta Série*, pp. 21-22), é imprescindível atentarmos para outra: "Deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças" ("Efetividade do processo ...", in *Temas ...: Sexta Série*, p. 23).

Os exemplos invocados – do indeferimento da inicial e da extinção do processo mediante julgamento antecipado (arts. 295 e 329) – são elucidativos

Atendendo a proposta formulada por Cândido Rangel Dinamarco nas últimas páginas da revolucionária obra *A Instrumentalidade do Processo*, retorna-se à dogmática, com a consciência dos escopos do instrumento estatal de solução de controvérsias, visando a identificar os problemas ainda existentes na aplicação da técnica processual. As dificuldades devem-se, parece, aos resquícios da fase conceitual e científica por que passou a ciência processual. A grande preocupação com a técnica acaba por favorecer o formalismo exagerado, em detrimento dos objetivos buscados.

Por tais razões, faz-se ainda necessário tentar um "diagnóstico dos *momentos* da função jurisdicional em que se aglomeram os piores problemas e maiores solicitações de aperfeiçoamento".[26]

Em síntese, buscar-se-á neste estudo adequar a técnica, representada pelos institutos exclusivamente processuais e pela forma dos atos do processo, à sua finalidade. A ciência processual foi construí-

e muito úteis à compreensão das preocupações que moveram este estudo. A correta atuação destas regras impede o desenvolvimento de processos manifestamente inviáveis, atendendo ao princípio da economia. Mas para tanto é necessário sólido conhecimento acerca de questões puramente processuais, como os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito (pressupostos processuais e condições da ação), sobre as quais ainda há sérias divergências na doutrina. Pretende-se, pois, ir à busca do aperfeiçoamento não só da técnica, mas principalmente de sua aplicação, procurando, assim, atender à ponderação de Barbosa Moreira: "O emprego da melhor técnica reteria muitas iniciais no filtro do despacho liminar, e poria termo à marcha de muitos pleitos sem necessidade de audiência de instrução e julgamento – num e noutro caso, com cristalino lucro do ponto de vista da efetividade. Esta, vale insistir, sofre danos múltiplos toda vez que a vida de um processo se estende mais que o necessário: a lamentar não há só o gasto supérfluo de tempo e energia que a procrastinação do desfecho, já por si, representa, mas igualmente as repercussões desfavoráveis sobre a restante atividade do órgão judicial: onerado com essa carga podre, quiçá não tenha o juiz condições de dirigir com mão mais firme e operosa algum outro feito em que, por exemplo, seria oportuna a iniciativa probatória oficial, para melhor esclarecimento dos fatos relevantes" ("Efetividade do processo ...", in *Temas ...: Sexta Série*, p. 24).

Estabelecido o nexo entre técnica e efetividade, temos de enfrentar os problemas que de uma decorrem, para conseguirmos atingir a outra. Afinal de contas, não se pode admitir que o denominado *exceso ritual manifiesto* constitua óbice a que se atinja a verdade processual ou verdade objetiva, isto é, aquela possível nos limites do processo (cf. Pedro J. Bertolino, *El Exceso Ritual Manifiesto*, pp. 56 e ss. e 119 e ss.).

26. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade ...*, 11ª ed., p. 377.

da visando à concepção de um instrumento apto a alcançar determinados objetivos. Como é natural em toda evolução, houve distorções que perduram até hoje. Urge eliminá-las.

Na medida em que, segundo se diz, "pretensão e água benta não fazem mal a ninguém", apresenta-se agora mais uma tentativa, fruto de reflexões teóricas e da experiência concreta – dois elementos essenciais a qualquer construção que pretenda representar efetiva contribuição ao desenvolvimento do direito processual.

A identificação dos escopos do processo contribui decisivamente para determinação da natureza pública desse ramo do Direito, destinado a regular o meio pelo qual o Estado atua coercitivamente as regras de direito material e obtém a pacificação social. A ciência processual visa ao estudo de seus princípios e fundamentos teóricos.

Se o processo tem natureza pública, especialmente porque visa a alcançar objetivos de interesse público, importante encontrar meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva. Para tanto, a eliminação de formalidades inúteis constitui dado a ser levado em conta pelo legislador na regulamentação da técnica processual.[27]

6. Processo e procedimento: método de trabalho

Nosso ideal é tornar possível, pelo processo, a obtenção de resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais.[28]

27. Cf. Comoglio, *Il Principio di Economia Processuale*, vol. I, pp. 31 e ss.; "Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/608.

28. João Batista Lopes, após identificar a necessidade de conferir realidade à expressão "instrumentalidade do processo", refere-se ao processo de resultados. Demonstra, de forma sintética mas abrangente, a evolução do direito processual e aponta algumas das grandes preocupações do processualista atual, principalmente no que se refere às modalidades de tutela jurisdicional, inclusive as de urgência. Acaba por concluir pela necessidade de alteração da organização judiciária ("Novas tendências ...", *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP* ..., p. 49). Muito embora assista razão ao autor, parece que um dos principais empecilhos à celeridade do processo reside na má utilização da técnica processual. É incrível, mas ainda hoje estamos presos a formas e fórmulas, que acabam se transformando no objeto mais importante da relação processual, muitas vezes em detrimento dos fins do próprio processo. Não se pretende negar a importância da técnica, mas é preciso encontrar a exata medida de sua influência nos destinos do procedimento.

Para solucionar as controvérsias decorrentes da não-observância das normas de direito material, desenvolveu-se um método de trabalho, segundo técnicas que a experiência revelou adequadas.

Esse mecanismo é dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente. Dele também participam, em absoluta igualdade de condições, os integrantes da relação substancial litigiosa e cuja esfera jurídica será atingida pela solução apresentada pelo julgador. São as *partes*.

Procura-se assegurar o desenvolvimento ordenado desse instrumento de que se vale a jurisdição para exercer sua atividade e cumprir seu dever, dotando-o de meios aptos à defesa dos interesses das partes, às quais deve ser assegurada a possibilidade de participar e de influir no resultado. Confere-se ao juiz o poder de conduzir os trabalhos, segundo regras previamente estabelecidas.

A este fenômeno denomina-se "processo jurisdicional", instrumento concebido pelo Estado, que dele se vale para, juntamente com as partes, obter o resultado prático desejado pelo legislador material.[29]

29. Vale a pena reproduzir, aqui, as palavras do autor intelectual do Código, que bem retratam o objetivo maior do processo. Na "Exposição de Motivos" ao Código de 1973, Buzaid afirmou: "O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direito na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade" (Capítulo III, n. I.5). Atentando para esse aspecto do processo, a doutrina alemã tem voltado sua preocupação para o estudo do Direito estrangeiro, não tanto com objetivo de *comparazione costruttivistica*, mas principalmente visando a buscar soluções práticas expressas na legislação e na jurisprudência (cf. Walter Gerhard, "Cinquanta anni di studi ...", *Rivista di Diritto Processuale*, janeiro-março/1998, p. 50).

Processo nada mais é, pois, que um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução dos litígios. Pretende-se seja adequado aos fins a que se propõe. Participam dele o próprio Estado e as pessoas de alguma forma envolvidas na controvérsia. Estes sujeitos passam a se relacionar, praticando atos segundo a ordem e os modelos previamente previstos na lei.

Em síntese, o fenômeno chamado "processo" pode ser examinado pelo ângulo dessa seqüência de atos ordenados, à qual se denomina "procedimento".

Importante destacar esse aspecto, tendo em vista o objeto do estudo. Como se pretende identificar os problemas decorrentes da não-observância estrita dessa técnica concebida pelo legislador, é preciso não perder de vista que a interligação dos atos do procedimento estabelece entre eles certa relação de dependência. Isso pode determinar a contaminação de um ato perfeito por outro anterior e viciado,[30] já que entre eles há certa implicação recíproca.[31]

30. A dinâmica do procedimento é bem explicada por Roque Komatsu: "E a essência do procedimento se explica pela especial índole dos vínculos que medeiam entre os diversos atos que o compõem. Esses vínculos dão-se de modo que um dos atos integrantes do procedimento precede aos seguintes para que estes sejam admissíveis e deve seguir aos anteriores para que estes sejam eficazes. Em termos descritivos, o procedimento é uma pluralidade de atos caracteristicamente coordenados de modo que cada um deles é pressuposto de admissibilidade dos seguintes e fator de eficácia dos anteriores. Assim arrasta consigo a ineficácia dos anteriores e, sobretudo, a anulação dos seguintes, o que obriga a repor o procedimento ao estado que tinha quando a causa da nulidade se produziu" (*Da Invalidade no Processo Civil*, p. 114). Sobre processo, relação processual e procedimento, v. também: Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., pp. 65 e ss.; Fazzalari, "*Processo* e giurisdizione", *Rivista di Diritto Processuale* 1/3-4.

31. Napoleão Nunes Maia Filho apresenta adequada descrição de processo, também pelo ângulo da dinâmica estabelecida pelo legislador, conferindo destaque ao aspecto teleológico dos atos do procedimento: "(...) é o conjunto de atos sucessivos e reciprocamente implicados, praticados pelos interessados, pelos servidores públicos judiciários e pelo juiz e seus auxiliares, hábil a conduzir o julgador à apreensão dos elementos essenciais de um situação de conflito e lhe permite, dentro dos limites e das possibilidades do macrossistema jurídico e do subsistema processual em particular, equacionar a sua solução desejável, do ponto de vista institucional" ("O modo processual de solucionar os conflitos", *Revista Dialética de Direito Processual* 10/99).

Em outras palavras, *processo* implica existência de situações jurídicas subjetivas, que se traduzem em ônus, faculdades e poderes. Daí resultam os atos praticados pelos sujeitos que dele participaram. *Ato processual* nada mais é que o resultado do exercício da faculdade ou do poder conferido a um dos sujeitos do processo.[32]

Cada ato é pressuposto da situação seguinte, que, por sua vez, dá origem ao ato subseqüente. O procedimento desenvolve-se mediante uma série de atos, que têm em comum o objetivo final de dar solução à controvérsia.

Enfatizam-se o aspecto procedimental do fenômeno, as situações subjetivas que o compõem e os atos que delas decorrem, havendo entre aquelas e estes nexo de causa e efeito. Cada ato explica-se por uma situação processual que o precede. Ao ser praticado, ele faz nascer nova situação jurídica no processo, o que ensejará outro ato.[33]

Ação e *defesa* nada mais são que a síntese desses poderes, que se manifestam no procedimento em contraditório, segundo determinada forma. Somam-se à *jurisdição*, que expressa o poder estatal, também materializado nos atos praticados pelo juiz.

Desse complexo de atos que compõem o processo podem ser destacados alguns, pela sua particular importância: a *demanda*, materializada na petição inicial, onde o autor formula sua pretensão e estabelece os limites objetivos e subjetivos da demanda; a *citação*, ato pelo qual se constitui o contraditório, com a comunicação ao réu do pedido em face dele formulado; e a *sentença de mérito*, resposta dada pelo Estado-juiz ao pedido de tutela jurisdicional. Entre o ato inicial e o final, outros são praticados, dando corpo ao *procedimento*.

Pode-se afirmar, portanto, juntamente com consagrado doutrinador, que o processo jurisdicional caracteriza-se por ser um procedimento iniciado por ato de uma das partes, ou seja, de alguém estranho ao órgão judicial. Desenvolve-se em contraditório, mediante a participação daquele em face de quem se pede a tutela. Tudo é

32. Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., p. 232.

33. "Il processo è uno schema più complesso del *procedimento*, in quanto è costituito da più serie di atti (e posizioni soggettive), mutuamente implicate fra loro e ciascuna facente capo ad un soggetto (all'ufficio, all'attore, al convenuto etc.). (Elio Fazzalari, *Note in Tema di Diritto e Processo*, p. 110). V. também Capítulo III, n. 4.

feito com vistas ao exercício do poder jurisdicional, cuja função é eliminar as crises ocorridas no plano das relações materiais.[34]

Para atingir o escopo da atividade jurisdicional e do instrumento com que ela atua, cada um dos atos do procedimento visa a determinado fim próximo, razão de ser dos requisitos formais exigidos pelo legislador.

Por isso, o Código procura regulá-los e coordená-los minuciosamente, estabelecendo o modo, o tempo e a forma de cada um. Tudo é feito, em última análise, para tornar possível o fim último do processo.[35]

Mas também é necessário verificar se entre eles efetivamente existe, além da relação de causalidade, nexo de dependência, pois, não obstante a identidade quanto ao escopo final, cada um dos atos do procedimento, como visto, tem um fim específico, que muitas vezes se esgota nele próprio. Neste caso, o vício dele não contaminará o subseqüente.[36]

34. "La caratteristica del procedimento giurisdizionale è di essere un procedimento messo in moto su iniziativa di parte (cioè di un soggetto estraneo all'autorità giudiziaria titolare del potere giurisdizionale) in contraddittorio con la controparte, destinato all'esercizio del potere giurisdizionale. Queste caratteristiche fanno sì che i poteri dell'attore, del convenuto e del giudice siano tra loro strettamente coordinati, nel senso che l'esercizio del potere di on soggetto è funzionale all'esercizio dei poteri degli altri soggetti; così, ad asemplio, l'esercizio del potere di azione è funzionale all'esercizio del potere giurisdizionale, l'esercizio del potere di azione e di attivazione del contraddittorio è funzionale all'esercizio dei poteri difensivi del convenuto, l'esercizio dei poteri difensivi del conventuo è funzionale all'esercizio del potere di replica dell'attore e all'esercizio del potere giurisdizionale ecc." (Proto Pisani, *Lezioni* ..., 3ª ed., pp. 231-232).

35. Cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, p. 415.

36. Vittorio Denti exemplifica com os atos de produção de prova, cujo tratamento é diverso daquele dado aos que ele denomina "atos de propulsão", pois "non si tratta degli anelli necessari della concatenazione degli atti, bensì di attività svincolate l'una dall'altra, che operano autonomamente di fronte alla valutazione finale del giudice, così che la costatazione della nullità del singolo atto resta senza conseguenze sugli ulteriori risultati dell'attività probatoria e si risolve nella ablazione della prova dal contesto della trama istruttoria" ("Invalidità", *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, vol. I, p. 714; v. também p. 718). Sobre a extensão da nulidade apenas aos atos sucessivos e dependentes, cf. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni* ..., p. 456.

Não se compreende a questão da técnica processual e das conseqüências pela não-observância dela sem visão adequada do procedimento, da relação entre os atos que o compõem, da razão de ser de cada um deles e das respectivas exigências formais, bem como dos requisitos substanciais necessários a que o método se desenvolva até o final.

Ressalta a doutrina a natureza institucional do processo, por resultar da reunião de pessoas com objetivos individual e geral, quais sejam, a solução do litígio e a paz social. Atingem-se esses fins mediante um *modus faciendi*, um método de atuação influenciado pelos valores éticos e sociais predominantes. Desenvolve-se segundo procedimentos e formas preestabelecidas, supostamente adequadas à obtenção dos escopos a ele inerentes.

Tendo em vista a influência do meio exterior na configuração desse mecanismo, é ele considerado fenômeno cultural. Daí por que o caráter técnico do processo não elimina sua natureza ética. A técnica representa simplesmente o meio apto a que o instrumento de garantia de direitos atinja seus escopos.[37]

37. Para Galeno Lacerda na atividade desenvolvida no processo reflete-se "toda uma cultura, considerada como conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes" ("Processo e cultura", *Revista de Direito Processual Civil* III/75).

Sobre o caráter ético do processo, v. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., pp. 20-24. Também Proto Pisani e Remo Capone repudiam a neutralidade do direito processual, que, ao contrário do que muitos pensam, não constitui conseqüência do caráter instrumental do processo: "Agendo sul piano processuale, la leggfe può modificare il punto di equilibrio fra i contrapposti interesse stabilito dalla norma sostanziale. Lo studio del diritto processuale in questa prospettiva contribuisce quindi ad individuare qual è il diritto effetivamente vigente, nonché ad evitare di considerare il processo civile come un fenomeno esclusivamente tecnico, neutrale, asettico rispetto alle scelte politiche di fondo di cui ciascun ordinamento giuridico è storicamente portatore" (*Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, p. 7). A respeito da utilização do senso comum, das máximas de experiência e da Ciência na aplicação das regras jurídicas pelo juiz – que não pode aceitar o que vem de fora do mundo do Direito como algo pronto e acabado, devendo assumir a responsabilidade pelas escolhas que fizer, todas fruto da conhecimento do mundo, adquirido mediante difícil proces-

Esta visão reflete-se – e não poderia ser diferente – na compreensão das regras destinadas a regular o mecanismo concebido pelo Estado para solução dos conflitos. Além da observância das garantias constitucionais, necessário atender ao que a doutrina já vem denominando de "moderna instrumentalidade", informada por conotações deontológicas, que impõem alteração da maneira como a técnica deve ser aplicada. Esta também recebe influência dos aspectos éticos do processo, pelo quê predomina a idéia de fim, de efetividade, de economia. Em outras palavras, a técnica para ser ética deve ser vista também como meio para se chegar a determinados resultados, que consubstanciam os escopos do processo.

Tal opção integra a idéia de processo justo, cujo modelo, concebido pela Constituição, visa a conferir-lhe efetividade. Ora, não há efetividade no sistema em que impera o formalismo cego e – exatamente em razão da cegueira – não dotado de visão teleológica. A correta compreensão do sistema de formas e técnicas é fundamental, para o quê a denominada "moderna instrumentalidade" é imprescindível.[38]

O processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social. Todos esses valores – *segurança*, *efetividade*, *justiça* e *paz social* – não podem ser olvidados no exame da técnica, pois esta é simples meio para se chegar àqueles, os reais fins do processo.[39]

7. Processo, técnica e inversão de valores

Algumas considerações teóricas sobre os elementos que compõem a noção de *processo*, bem como a relação entre eles e a técnica processual, ainda se fazem necessárias.

so de aprendizado e interpretação –, cf. Michele Taruffo, *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*, pp. 171 e ss.

38. "Tale *strumentalità* esige che le guarentigie *formali* del processo non siano mai fini a se stesse, ma debbano sempre concorrere, sul piano istituzionale, al conseguimento di *risultati decisori coerenti* con i *valori* di *equità sostanziale* e di *giustizia procedurale*, consacrati dalle norme costituzionale o da quelle internazionali" (Comoglio, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", *REPro* 90/106).

39. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira esclarece que os fins do processo podem ser resumidos nesses valores, em função dos quais se dá sua organização, ou, em outras palavras, o formalismo (*Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 65-73).

Verificada a crise no plano do direito material, resultante da não-atuação espontânea da vontade concreta da lei, quer em razão do litígio, quer porque o próprio legislador impede a auto-aplicação da regra, a situação é trazida para exame da atividade estatal destinada a solucioná-la. Com a proibição da autotutela, permitida só em caráter excepcional, e ressalvados os meios alternativos de solução de controvérsias previstos pelo ordenamento, a atuação coercitiva da regra substancial e a pacificação dos litígios são atividades típicas do Estado, que age mediante órgãos que compõem a função jurisdicional.[40]

Para alcançar esse resultado, a jurisdição vale-se de um método, ou seja, de um caminho, de um modo de proceder,[41] regulado por normas de conduta predeterminadas.

Existem, pois, regras que regulam a atuação jurisdicional voltada à efetivação da regra material, destinadas a possibilitar que essa atividade cumpra sua finalidade. Tudo é feito mediante técnica previamente estabelecida pelo legislador, com o fim de assegurar ampla participação de todos os interessados na solução do problema, para que eles possam influir no resultado. Essa técnica é o que denominamos de *processo*.

Direito processual é o conjunto de princípios e regras destinados ao estudo e à regulamentação do processo, meio estatal de solução de controvérsias. O importante é que esse mecanismo seja apto a possibilitar o cumprimento dos objetivos a que se propôs o Estado ao chamar para si a função jurisdicional. Toda a técnica processual é construída para melhor dotar o instrumento de aptidão para obter resultados, como garantia dos próprios interessados.

Por isso, a observância da técnica tem essa finalidade específica: garantir que os interessados na atividade jurisdicional possam

40. Sobre a caracterização das funções do Estado (legislativa, jurisdicional e administrativa), v.: Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, pp. 3 e ss.; Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., pp. 24 e ss.

41. *Método* é conjunto de meios dispostos convenientemente para chegar a um fim que se deseja; caminho pelo qual se chega a um resultado, modo de proceder, maneira de agir. É conjunto de processos racionais para fazer qualquer coisa ou obter qualquer fim teórico ou prático (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., p. 919; Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. 3, p. 3.248; Cândido de Figueiredo, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 10ª ed., vol. II, p. 371).

dispor de instrumento adequado e seguro, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material trazida à apreciação da função jurisdicional. A técnica processual está, portanto, a serviço de um fim. Por isso, o processo deve ser concebido como instrumento de realização de direitos.

A forma estabelecida pelo legislador constitui apenas o meio de assegurar o desenvolvimento adequado da relação processual, garantindo aos sujeitos parciais absoluta igualdade de condições e ampla oportunidade de participação.[42]

A análise do processo pelo ângulo da técnica preordenada à realização de direitos é complementada pela visão política desse fenômeno, segundo a qual é ele garantia da liberdade, dos bens e da própria vida do cidadão.[43] Na medida em que não há como conceber a sociedade sem conflito entre seus membros, impossível admitir o Estado Democrático de Direito sem o devido processo legal.

Pretende-se, à luz da visão instrumentalista do processo, examinar a técnica processual e a forma dos atos do procedimento. As questões processuais com certa freqüência, e infelizmente, são solucionadas sem a preocupação com os objetivos da atividade jurisdicional e do processo. Isso tem levado a resultados indesejados, porque refletem valorização exagerada do meio, em detrimento do fim.

Conseqüência dessa visão equivocada da técnica é o grande número de sentenças de extinção do processo sem julgamento do mérito, como se essa fosse a melhor utilidade possível a ser extraída da atividade jurisdicional. Trata-se de verdadeira inversão de valores, especialmente porque esses julgamentos em grande parte ou poderiam ser evitados, ou contêm exame do mérito.

42. Como pondera Teresa Arruda Alvim Wambier: "Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para 'dar' direitos a quem os tem: não para 'inventar' direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um 'fosso' entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente" ("Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade", in Nélson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, p. 1.091).

43. Cf. Araken de Assis, "Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas", in *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*, p. 423.

Nada mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial ao que necessita da tutela jurisdicional do que, após longos anos, depois de praticados inúmeros atos e despendida enorme energia, a extinção do processo sem eliminação da crise de direito material.

A má compreensão da técnica processual e da exata função da forma dos atos processuais tem impedido que o processo alcance seu objetivo maior. Estabeleceu-se verdadeiro paradoxo, pois aquilo que deveria representar garantia para o desenvolvimento adequado do instrumento acabou por transformar-se em óbice a que ele atinja seus escopos de atuação da lei e pacificação social.

8. Formalismo e escopo do processo

Para possibilitar o funcionamento adequado desse método de solução de controvérsias, com a satisfação dos valores acima mencionados, imprescindível a observância de determinadas formalidades, que, em última análise, são necessárias porque se destinam a garantir a liberdade. Mas não podem ser exageradas, sob pena de contrariarem seus próprios fins.[44]

Se pensarmos na dinâmica do processo, em especial o de conhecimento, veremos que ele começa por iniciativa da parte e se desenvolve até a sentença de mérito. Para chegar a esse ponto é necessária a observância de várias exigências, de natureza formal ou não, todas pertinentes à técnica exigida pelo legislador para a regularidade do instrumento.[45]

44. É comum invocar-se Montesquieu para justificar a necessidade da forma, pois, segundo ele, ela constitui garantia da liberdade. Esquece-se, todavia, de completar seu pensamento, baseado no espírito da moderação: "As formalidades da Justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meio para justificar-se" (*Do Espírito das Leis*, Livro Vigésimo-Nono, p. 265). Continua muito atual esta lição. Precisamos divulgá-la, mas por inteiro.

45. Proto Pisani sintetizou de maneira simples e clara os requisitos para o desenvolvimento regular de um processo. É preciso observar os requisitos formais de cada um dos atos processuais indicados na lei (*requisiti di forma-con-*

Ao mesmo tempo em que estabelece requisitos quanto à forma dos atos processuais e outros relativos aos próprios sujeitos do processo, preocupa-se o Código em evitar que vícios concernentes à técnica processual impeçam seja alcançado o escopo para o qual esse mecanismo foi instituído. A extinção do processo sem julgamento de mérito – isto é, sem solução da controvérsia – é alternativa absolutamente excepcional e frustrante, pois representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir seu fim.

Aqui, assume grande importância o papel do processualista. É fundamental que ele consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para evitar que a estrita observância daquele não comprometa estes.[46]

tenuto); esses atos devem acontecer segundo uma seqüência temporal mais ou menos predeterminada, com observância dos prazos previstos pelo legislador ou pelo juiz; por fim, os sujeitos a quem foi conferido o poder ou a faculdade de praticá-los têm de estar munidos de determinados requisitos subjetivos (*requisiti extraformali*) (cf. *Lezioni* ..., 3ª ed., p. 230). Adota a mesma terminologia Beatrice Gambineri, *Garanzia e Processo*, vol. II, pp. 400 e 508. Sobre a distinção entre *forma* e *pressupostos* do ato, que correspondem aos denominados requisitos "formais e extraformais", cf. Fabio Marelli (*La Conservazione degli Atti Invalidi nel Processo Civile*, pp. 34-45), que conclui, invocando Proto Pisani, ser o ato processual resultado do exercício de um poder ou do cumprimento de deveres previstos na lei processual: "Da questo punto di vista tutte le previsioni che riguardano direttamente o indirettamente gli atti possono essere raggruppate in due grandi categorie, a seconda che stabiliscano le condicioni (o 'pressupposti') per l'esistenza del potere o del dovere, oppure che dettino le modalità (o 'forme') secondo i cui il potere o dovere va esercitato o adempiuto" (p. 44). Entendam-se por "requisitos não-formais", portanto, aqueles denominados pela doutrina de "pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito", e que no Brasil são apresentados como categorias processuais distintas: pressupostos processuais e condições da ação. A admissibilidade seria uma das formas pelas quais se verifica a nulidade típica do ato em sede processual. A falta de algum requisito essencial ao ato impede-o de alcançar o fim proposto: "Este juicio sobre la *admisibilidad* es idéntico a un juicio sobre la validez y, por tanto, no es más que otra forma de aparición o de hacer efectiva la nulidad, en su caso. En derecho procesal se puede decir que la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento. Por lo demás, es normal que el juicio positivo de admisibilidad no dificulte la posibilidad de una posterior declaración de nulidad" (Júlio B. Maier, *Función Normativa de la Nulidad*, p. 141).

46. Não pode o processualista ignorar que as regras sobre técnica processual estão informadas pelo elemento teleológico, que deve ser identificado para

Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça.

Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o instrumento que desejamos. É preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma.[47]

Aliás, o princípio da adequação ou adaptação do procedimento é fundamental à correta aplicação da técnica processual. Os modelos procedimentais e os poderes, deveres e faculdades dos sujeitos do processo devem, na medida do possível, adequar-se às peculiaridades do fenômeno jurídico material e ser compatíveis com a natureza da tutela jurisdicional pleiteada.[48]

É importante relacionar o formalismo processual com o denominado "princípio da verdade jurídica objetiva", pois daí resulta a necessidade de conferir maior relevância a este último, em detrimento do rigor formal excessivo. Este é fenômeno patológico, e

correta compreensão delas: "La disciplina dei requisiti formali ed extraformali prevede infatti tutta una serie di strumenti diretti a depurare il processo da eventuali vizi formali o extraformali allo scopo di consentirne la conclusione con una sentenza di merito sul diritto fatto valere in giudizio dall'attore: e ciò perchè scopo del processo di cognizione è il dire chi ha ragione e chi ha torto e non concludersi con sentenze di mero rito" (Proto Pisani, *Lezioni* ..., 3ª ed., p. 231).

47. Por isso, Galeno Lacerda, ao comentar as palavras de Montesquieu, adverte: "Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloqüência, foi responsável por séculos de equívoco, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do humano e verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto da vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/8).

48. Cf. Antônio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, 10ª ed., pp. 74 e ss.

deve ser eliminado mediante aplicação do princípio da elasticidade processual.[49]

Como a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados. Assegurada a participação dos interessados na formação do convencimento do julgador – e, portanto, no resultado do processo –, o problema da forma acaba passando para segundo plano. É preciso reconhecer que muitas vezes o fim é alcançado embora não observada a forma destinada a garanti-lo. Por isso, as regras relacionadas aos requisitos formais desse método de trabalho devem ser interpretadas à luz desta premissa: o que importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo.[50]

É imprescindível que o processualista volte sua atenção para o objetivo principal do processo, em função do qual deve ser aplicada a técnica processual.[51]

9. A crise no processo civil e as tutelas sumárias

Como ressaltado inicialmente, entre os grandes problemas da Justiça está, sem dúvida, a excessiva demora dos processos. Talvez

49. "Es decir, el hacer posible la mejor adaptación del continente al contenido, o sea de la forma a la sustancia" (Pedro J. Bertolino, *El Exceso Ritual Manifiesto*, p. 130). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere-se a fatores subjetivos (sujeitos do processo), objetivo (natureza do bem jurídico material) e teleológico (diversidade de funções da jurisdição) (cf. *Do Formalismo ...*, 2ª ed., pp. 116-120).

50. A construção encontra apoio incondicional na lição de Galeno Lacerda, para quem "os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/8).

51. Entre as medidas adotadas na reforma do processo civil na Inglaterra, visando a possibilitar que o instrumento alcance os objetivos para os quais foi criado, estão o reforço da participação do juiz nos principais atos do procedimento e a simplificação da forma. A idéia principal é fazer com que o processo atinja seu escopo principal no menor tempo possível, admitindo-se, para tanto, a flexibilização da técnica e a adequação das regras processuais às especificidades do caso (cf. Carla Crifó, "La riforma del processo civile in Inghilterra", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, junho/2000, pp. 511 e ss.). No âmbito do processo penal também se verifica tendência de buscar formas procedimentais simplificadas (cf. Antonio Scarance Fernandes, *Procedimento*, pp. 207 e ss.).

seja o maior deles. Além da notória deficiência estrutural do Poder Judiciário e da produção desenfreada de normas legais pelos juristas de plantão, sempre prontos a atender aos interesses não necessariamente legítimos dos detentores ocasionais do Poder, existe outra causa para a morosidade dos processos.

O aumento excessivo do número de demandas decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas destinadas a facilitar o acesso à Justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional. Várias medidas foram inseridas no sistema processual-constitucional – como a assistência judiciária gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), juizados especiais (CF, arts. 24, I e 98, I; Lei 9.099/1995), ampliação da legitimidade do Ministério Público (CF, art. 129) –, todas visando a tornar mais acessível a tutela jurisdicional.

Na tentativa de abrandar os efeitos danosos dessa anomalia, o legislador processual vem adotando várias formas de tutelas de urgência, por natureza provisórias, destinadas simplesmente a assegurar a efetividade da providência final. Conservativas ou antecipatórias, as medidas urgentes visam tão-somente a afastar o risco de dano decorrente da morosidade do processo. Não têm a finalidade de solucionar definitivamente as crises de direito material.[52]

Muitas vezes situações da vida permanecem por longo tempo regidas por tutelas de urgência, o que também não é desejável, pois a instabilidade das relações de direito material é fator de grande preocupação, visto que influi decisivamente na captação de recursos externos e pode determinar os rumos da economia do país.

52. A tendência é admitir modalidade de tutela sumária, com aptidão para transformar-se em definitiva, embora sem adquirir imutabilidade. Trata-se de técnica processual caracterizada pela transferência dos males causados pela demora do processo àquele que aparentemente não tem razão. Teria ele o ônus de provocar a atividade jurisdicional para tentar desconstituir a eficácia da tutela de urgência. A adoção desse mecanismo acaba conferindo à tutela antecipada natureza de providência final, passível de imunização pela coisa julgada. O mecanismo não difere muito do julgamento antecipado, se verificada a revelia (CPC, art. 330, II). Aqui também a sentença é precedida de cognição não-exauriente, pois fundada apenas na versão apresentada pelo autor, e a decisão tem aptidão para tornar-se imutável (cf. Capítulo II, n. 6, nota 16; v. também Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: ...*, 3ª ed., *passim*, e "Estabilização das tutelas de urgência", in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 660 e ss.).

O quadro é, pois, preocupante. A demora exagerada dos processos torna imprescindíveis as medidas urgentes, que, por sua vez, geram efeitos provisórios – o que também não contribui para a segurança das relações jurídicas.[53]

A excessiva sumarização do conhecimento importa outros riscos, pois pode comprometer o contraditório e a segurança do processo, valores fundamentais e que não podem ser simplesmente abandonados. As tutelas de urgência, embora necessárias, devem ser vistas como solução excepcional. Também por isso, não são suficientes para assegurar a verdadeira efetividade da tutela jurisdicional, o que somente se consegue mediante respostas que produzam resultados definitivos.

Por isso, é preciso procurar meios para evitar a morosidade sem comprometer a segurança proporcionada pelo devido processo legal. Quanto mais célere o processo, maior a probabilidade de as tutelas de urgência tornarem-se prescindíveis e as situações de direito material submetidas ao Poder Judiciário serem reguladas de forma mais estável.

A propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a *segurança* proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos.[54]

53. O alerta é de um dos grandes economistas brasileiros da atualidade: "A inoperância do Judiciário e a incerteza jurídica são fatos graves, que minam a nossa capacidade de crescimento. A incerteza, por exemplo, está na instituição da liminar. Isso cria uma indefinição quanto ao que vai prevalecer. Ela pode manter uma ocupação claramente ilegal de um terreno ou permitir a uma empresa-fantasma de combustível contornar todo o sistema tributário e depois desaparecer" (Eduardo Giannetti, in *O Estado de S. Paulo* 3.8.2003, p. A8). A relação entre a atuação do Judiciário e a economia é intensa, como demonstra amplo estudo organizado por Armando Castelar Pinheiro (*Judiciário e Economia no Brasil*, *passim*).

54. Em recente e profundo estudo sobre a relação entre Judiciário e economia concluiu-se que a celeridade constitui o valor mais importante para os economistas, enquanto os juristas optam pela segurança (cf. Armando Castelar Pinheiro e outros, *Judiciário e Economia* ..., pp. 193-194). Mais uma razão para tomarmos muito cuidado com nossas escolhas.

10. Efetividade do processo

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.[55]

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.[56]

55. A tendência da doutrina de dimensionar de forma exagerada os males causados pela lentidão é apontado por Barbosa Moreira, que conclui: "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" ("O futuro da Justiça: ...", in *Temas ...: Oitava Série*, p. 5). O legislador espanhol, na reforma processual determinada pela Lei 1, de 7.1.2000, preocupou-se em destacar, na "Exposição de Motivos", que a efetividade do processo compreende a plenitude das garantias processuais e uma resposta mais pronta, mais próxima no tempo do pedido de tutela e com maior capacidade de transformação real das coisas. A garantia à efetividade, aliás, encontra-se expressamente consagrada na Constituição Espanhola (art. 24, § 1º). Não obstante isso, limitou sobremaneira os poderes do juiz, especialmente no que se refere à prova. Suprimiu as denominadas *diligencias para mejor proveer*, acentuando o caráter dispositivo do processo civil – opção no mínimo controvertida, pois revela falta de preocupação com a justiça da decisão (cf. Mariella Leles da Silva Orcoyen, "La reforma procesal civil de Espana del año 2000", *Aporía Jurídica* 1/164 e 177). Parte da doutrina, todavia, propõe seja a regra processual (art. 429.1) interpretada em consonância com a exigência constitucional de efetividade da tutela jurisdicional, resultando daí a atribuição de iniciativa instrutória ao juiz (cf. Joan Picò i Junoy, "I principi del nuovo processo civile spagnolo", *Rivista di Diritto Processuale Civile* 1/65 e ss., esp. pp. 75-77). Sobre as duas posições existentes na doutrina espanhola, uma favorável e outra contrária à opção feita pelo legislador, cf. Barbosa Moreira, "O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo", *RF* 370/58-59.

56. A preocupação em conciliar essas garantias do devido processo legal pode ser notada nas discussões em torno da legislação processual a ser adotada

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.[57]

Efetividade, *celeridade* e *economia processual* são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça.[58]

Entre os princípios informativos dessa garantia aponta-se a *operosidade*, consistente no dever, imposto aos sujeitos do processo, de atuar da forma mais adequada à obtenção dos resultados desejados – o que compreende, evidentemente, a utilização correta da técnica.[59]

pela União Européia: "Intorno all'art. 65tr.Ce, autentica norma-quadro della Giustizia Civile Europea, il *cantiere* dell'ordinamento dell'Unione apponta nuove soluzioni alle sfide di sempre: l'effettività della tutela, specie sotto il profilo dei tempi necessari per conseguire una decisione, da compaginare con la parità delle armi, il rispetto del contraddittorio e l'offerta delle opportune garanzie" (Paulo Biavati, "I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani", *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile* 3/752).

57. Cf.: Comoglio, *Il Principio ...*, vol. I, pp. 11 e ss.; "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/587. Em outro estudo dedicado ao mesmo tema, o autor estabelece os parâmetros do princípio da economia. Segundo ele, valoração de natureza econômica e prática, admissível em relação a qualquer ato do processo, pressupõe a existência de relação proporcional entre os meios disponíveis e os fins perseguidos. Embora com freqüência as normas identifiquem os fins e indiquem os meios, não esgotam as possibilidades de combinação entre uns e outros, nem estabelecem nexo de subordinação entre eles. Por isso, compete ao juiz encontrar, na prática, o meio mais idôneo a atingir o fim desejado, visando ao melhor resultado possível. Essa manifestação da economia está necessariamente ligada à idéia de maiores poderes ao juiz no que se refere às várias opções técnicas (cf. "Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri", *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/665).

58. Sobre o significado dessa garantia constitucional, v. Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: ...*, 3ª ed., esp. pp. 68 e ss. Para correta compreensão dessa idéia, necessário destacar seu verdadeiro alcance, que não está limitado a assegurar o acesso ao Poder Judiciário, mas à *ordem jurídica justa*.

59. A construção é de Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, para quem a *operosidade* pressupõe, além da atuação ética dos sujeitos do processo, "a utilização dos instrumentos e dos meios mais eficazes, quer pelas partes e seus advoga-

É fundamental tenha o juiz consciência dessa realidade, para poder extrair da norma processual significado condizente com seu objetivo.[60]

11. Efetividade e simplificação da técnica

Entre as várias alternativas existentes com vistas à redução da morosidade, propõe-se o reexame da técnica processual, que deve ser tratada com plena consciência de seus objetivos. É preciso compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo.

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 ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente.[61]

dos, quer pelo juízo, no sentido de obter maior e melhor produtividade. Quanto mais e melhor for a produtividade, possivelmente mais justo será o resultado, pois os instrumentos e os meios se destinam a esta finalidade" (*Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma Nova Sistematização da Teoria do Processo*, p. 71).

60. Ao tratar do *princípio da razoabilidade*, Moacyr Motta da Silva desenvolve raciocínio aplicável ao tema ora desenvolvido: "O juiz precisa reconhecer que, acima dos códigos e das normas substantivas, encontram-se os princípios jurídicos constitucionais, dotados de vocação política para a interpretação, a integração e o conhecimento do direito positivo" ("O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz", *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil, Florianópolis, 12-14.11.1998, p. 90). De fato, as regras processuais, especialmente no que concerne à técnica, devem ser interpretadas em conformidade com a garantia constitucional do processo isento de dilações indevidas (cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, pp. 63 e ss.), ou seja, do processo célere e seguro. Para tanto, é importantíssimo considerar, na aplicação das regras processuais, os princípios da economia e da instrumentalidade das formas.

61. Parece ser essa a orientação seguida na regulamentação do novo processo civil europeu. Ao invés de preocupar-se com a cognição superficial ou

Não se pretende, é claro, a eliminação da forma e o abandono de todas as conquistas da ciência processual moderna. *Forma* e *técnica* não são, em si mesmas, um mal. Ao contrário, a existência de um modelo legal é fator de garantia para as partes, que têm assegurada a participação efetiva no contraditório. Além disso, contribui decisivamente para o normal e ordenado desenvolvimento do processo.

É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.[62]

O efeito danoso da grande complexidade em que acabou se transformando o processo atinge normalmente os economicamente menos favorecidos, que dependem, na grande maioria dos casos, do insuficiente serviço da Assistência Judiciária fornecido pelo próprio

incompleta, busca-se a aceleração e a simplificação, mediante a previsão dos atos processuais em tempo relativamente curto, com eliminação de atividades repetidas ou dispensáveis, além da possibilidade de adaptação do procedimento às exigências do caso concreto. Em síntese, parece que "l'indicazione emergente sia quella di riportare le attività processuali ad una rigorosa essenzialità, che certo elide non poche situazioni alle quali il giurista pratico à abituato e che, tuttavia, non di rado risultano inutili ai fini dell'illustrazione del caso al giudice" (Paolo Biavati, "I procedimenti civili semplificati e accelerati: ...", *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile* 3/754-757). Importante destacar que essa flexibilização é meramente formal, não implicando sumariedade da cognição ou comprometimento do contraditório. A liberdade consiste na maior possibilidade de adaptação do rito às necessidades da causa, respeitadas as regras dos países-membros (Paolo Biavati, idem, ibidem, pp. 764-766). Ao final, Paolo Biavati conclui que: "L'Europa, dunque, non chiede sommarietà. Chiede un processo civile completo, efficiente, rispettoso dei diritti della difesa e della ricerca della verità, ma sfrondato, caso per caso, di ogni inutile appesantimento e svolto in tempi di ragionevole durata" (idem, ibidem, p. 774).

62. "(...) que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido" (Ada Pellegrini Grinover e outros, *As Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., p. 15). Um dos quatro aspectos fundamentais da estrutura do processo, objeto de recentes transformações nos principais sistemas processuais, constitui exatamente a questão da forma e a tendência em simplificá-la (cf. Michele Taruffo, *Osservazioni sui Modelli Processuali di* ***Civil Law*** *e di* ***Common Law***, p. 9).

Estado. Para eles a garantia constitucional de acesso à Justiça representa pura ficção.[63]

Também a visão que os profissionais do Direito têm do instrumento com que a jurisdição opera não mais corresponde ao estádio de desenvolvimento da ciência processual. O processo não é tratado como meio destinado a solucionar controvérsias, mas como fenômeno dotado de valores intrínsecos, na maioria das vezes representados por formas vazias de conteúdo e desnecessárias à finalidade do ato processual. Daí decorre a valorização do meio em detrimento do fim – inversão de valores que o processualista acaba aceitando, muitas vezes inconscientemente.[64]

É preciso, pois, iniciar movimento com o objetivo de mudar a mentalidade de todos os que influem na concepção e condução do processo. Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril.[65]

A regulamentação das exigências formais e técnicas a serem atendidas no curso do processo bem como a compreensão delas pelo intérprete devem atender a determinadas premissas. Todas as regras

63. Cf. Comoglio, "Direzione del processo e responsabilità del giudice", in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. I, p. 477.

64. Observa, acertadamente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança, portanto apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, a algum *valor* considerado importante. O mesmo sucede no concernente às formalidades, cujo valor é relativo para o desempenho das tarefas do processo" (*Do Formalismo ...*, 2ª ed., p. 6). Sobre a diferença estabelecida pelo autor entre forma e formalidades ou formalismo, este último fenômeno aqui denominado "técnica processual", cf. Capítulo II, n. 8.

65. Chiovenda observa que "se i pratici portassero nell'uso quotidiano colle forme giudiziali una chiara visione dei bisogni cui esse rispondono e del modo in cui vi rispondono, nessuno meglio di loro potrebbe consigliare le riforme processauali" ("Le forme nella difesa giudiziale del diritto", in *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*, vol. I, pp. 357-358).

Para Galeno Lacerda, o Código de Processo Civil brasileiro constitui exemplo de técnica avançada, porque contém regras destinadas a possibilitar que o fim se sobreponha ao meio: "Percebe-se, então, que obstáculos e protelações resultam muito menos de defeitos do texto do que da falta de percepção, por quem o aplica ou interpreta, da esplêndida abrangência dos princípios basilares, consagrados em preceitos norteadores" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/14).

processuais são informadas por seu caráter instrumental, pois constituem meio para se chegar a um fim. Quanto mais simples e claras, melhor. Se forem adotadas fórmulas genéricas, flexíveis, ótimo, pois possibilitam a adoção do denominado "critério teleológico transcendente" de interpretação, mediante o qual é possível identificar se eventual vício compromete o devido processo legal, justificando-se, portanto, a anulação do ato.[66]

A forma é importante para a técnica processual, desde que não se transforme em objeto de culto. Seu papel é fundamental, mas menos amplo do que se imagina, pois relacionado apenas às garantias da igualdade e do contraditório. Todas as regras a que está sujeito o procedimento destinam-se a assegurar o correto desenvolvimento da relação processual, possibilitando às partes condições rigorosamente iguais de participação efetiva na formação do convencimento do juiz.

12. Processo: aspectos terminológicos

Contribuem para a ineficácia do instrumento algumas imprecisões terminológicas. Exemplifica-se.

Como visto acima, segundo prestigiada doutrina, *processo* seria a síntese das noções de *procedimento* e *relação processual*, ou de *procedimento* em *contraditório*.[67] Classifica-se em função da tutela pleiteada (conhecimento, execução e cautelar). A possibilidade de reunião de duas tutelas no mesmo processo (cautelar e cognitiva,

66. Esta é a proposta de Roberto O. Berizonce, para quem legislador, juiz e partes devem conscientizar-se de que as formas processuais constituem simples meio para alcançar o ideal de certeza do Direito. Por isso, supõe-se, "además y principalmente, que en esa regulación se observe y se trate de lograr su *simplicidad* para evitar la confusión, el error, la farragosidad; que se tienda, también, a su *claridad* y *fijeza*, para que puedan adaptarse a los casos concretos; y que – por sobre todo – se consagre su *instrumentalidad*, de manera que el rigor que necesariamente requieren pueda ser interpretado con un *criterio teleológico trascendente*, para sancionar el apartamiento de aquella formas que fundamentalmente lesionen el *debido proceso legal*" ("Las formas de los actos procesales: sistemas", in Roberto O. Berizonce e outros, *Estudios de Nulidades Procesales*, p. 30).

67. Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade* ..., 11ª ed., pp. 152 e ss.; *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. II, pp. 23 e ss.; Dinamarco e outros, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., pp. 285 e ss.

cognitiva e executiva) configura simples alteração procedimental, ou teríamos outra modalidade de processo?

Quais seriam os elementos identificadores da relação processual e do procedimento? Fala-se em "processo de conhecimento", que pode desenvolver-se segundo procedimentos ordinário, sumário e especiais. A relação processual teria as mesmas características (cognição exauriente e coisa julgada), variando apenas o aspecto procedimental? Mas, a partir dos arts. 461 e 461-A do CPC, bem como do novo modelo para execução de obrigação de pagar quantia em dinheiro, as atividades cognitiva e executiva serão reunidas no mesmo processo. Fenômeno análogo ocorre em relação à tutela cautelar, por força do art. 273, § 7º. Nesses casos, teria o legislador criado nova modalidade de processo?

Importante, portanto, fixar o que caracteriza cada tipo de processo, bem como os dois aspectos pelos quais ele pode ser analisado (relação processual e procedimento ou procedimento em contraditório).

A característica fundamental do processo cognitivo seria a amplitude da atividade desenvolvida pelo juiz quanto ao conhecimento da relação material e a tutela daí resultante, apta a adquirir imutabilidade.

Já o processo de execução se caracterizaria pela quase-inexistência de atividade cognitiva quanto ao mérito, preponderando atos de natureza satisfativa. Conseqüentemente, a sentença extintiva do processo não teria aptidão ao trânsito em julgado.

No processo cautelar a sumariedade da cognição implicaria, também, inexistência de imutabilidade da tutela final.

Admitida a reunião de atividades cognitiva plena e sumária no mesmo processo, além da própria satisfatividade definitiva, teríamos um novo modelo de processo, ou o problema seria simplesmente procedimental?

Parece que a tendência é subsistir apenas um processo, em que seriam admissíveis todas as modalidades de tutela, com as respectivas atividades próprias de cada uma delas. É o *processo sincrético*. Todas as variações possíveis nesse modelo único estariam ligadas, pois, ao procedimento. Processos exclusivamente executivos e cautelares existiriam apenas para os títulos extrajudiciais e para as tutelas cautelares antecedentes.

Em reforço a essa construção, invoca-se a proposta por comissão constituída pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual para estabilização da tutela sumária de conteúdo antecipatório, hoje eminentemente provisória e revogável, não prescindindo da tutela final de cognição plena (art. 273, §§ 2º e 4º, do CPC). Segundo a nova configuração, presentes os requisitos necessários à antecipação, pode o juiz conceder a tutela sumária, cuja provisoriedade passa a depender exclusivamente das partes. Se nenhuma delas pleitear a tutela de cognição exauriente, a decisão, originária e eventualmente provisória, tornar-se-á definitiva.[68]

Admitida essa nova forma de tutela sumária e apta ao trânsito em julgado, teremos um processo de cognição exauriente, em que seria admissível tutela final de cognição sumária e definitiva, apta ao trânsito em julgado. Será um processo, com uma tutela eventualmente cautelar e provisória, mas potencialmente definitiva.

A partir da visão precisa desse fenômeno complexo chamado "processo jurisdicional", portanto, torna-se possível o exame dos requisitos técnicos necessários ao seu desenvolvimento adequado. Mais importante, porém, é a possibilidade de o descumprimento de uma das exigências à regularidade do procedimento ser considerada irrelevante, porque alcançado o escopo visado pela atividade jurisdicional, que se vale desse mecanismo tão-somente como instrumento para atingir seus fins.

A visão do processo como simples procedimento realizado em contraditório, cujas variações internas devem-se exclusivamente à necessidade de adequar a técnica aos objetivos visados, torna essa tarefa menos complexa.

13. Controle da regularidade processual

Em síntese, pretende-se examinar o funcionamento do sistema processual, verificar os requisitos necessários a que esse fenômeno ocorra sem problemas e, principalmente, identificar vícios que, não obstante verificados, podem ser ignorados, porque não comprometem o escopo do instrumento.

68. Cf. Bedaque, "Estabilização das tutelas de urgência", in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (orgs.), *Estudos* ..., pp. 660 e ss.

Para tanto, é muito importante associar a possibilidade de o juiz reconhecer a existência de vícios processuais às fases do procedimento (controle da inicial, exame das preliminares alegadas antes do saneador). Essa postura do julgador é fundamental ao bom desenvolvimento do processo, pois agindo assim ele evita a prática de atos inúteis. Quanto antes forem identificados os problemas de natureza processual, melhor. Se forem sanáveis, serão eliminados e o processo prosseguirá até seu destino. Se não, melhor extingui-lo desde logo, evitando, assim, gastos desnecessários de tempo, energia e dinheiro.

O controle da regularidade do processo deve ser realizado logo no início (arts. 284 e 295 do CPC), ou imediatamente após a resposta (arts. 327 e 329). No máximo, na audiência preliminar (art. 331). É dever do juiz fazê-lo o mais breve possível, contribuindo, assim, para a realização prática do princípio da operosidade.[69]

Saneado o processo e, principalmente, produzida a prova, a extinção sem julgamento do mérito deve constituir solução excepcionalíssima, admissível apenas quando houver vício insanável que impeça esse exame (ilegitimidade não declarada porque não examinada a inicial, nulidade absoluta e não passível de convalidação pelo princípio da instrumentalidade).

Aliás, essa forma de extinção do processo só pode ser adotada se não houver alternativa, pois contraria o próprio fim do instrumento. Esta é a premissa fundamental do processualista consciente do papel desempenhado pelo objeto de seu estudo.[70]

69. Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, um dos aspectos desse princípio informativo da garantia de acesso à Justiça é a utilização correta dos instrumentos e meios processuais, aí compreendido o controle dos requisitos necessários ao prosseguimento do processo até o julgamento de mérito: "É preciso que o juiz, na prática, estanque na raiz processos inviáveis, seja através do indeferimento da inicial, seja por meio do controle adequado das condições da ação, dos pressupostos processuais e da correta prática dos atos processuais que se sucedem no tempo" (*Acesso à Justiça* – ..., p. 72).

70. Na jurisprudência italiana considera-se este postulado como um dos *principi fondamentalissimi del processo*, havendo inúmeras decisões da Corte Constitucional sobre a impossibilidade de o legislador ordinário estabelecer normas sobre processo que configurem obstáculo não-razoável ao exercício do direito de ação e da jurisdição. Por isso são rejeitadas as normas puramente sancionatórias, que não visem a preservar valor tão ou mais importante que os

Nessa linha, tentar-se-á justificar a necessidade de melhor aproveitamento do processo – o que depende, fundamentalmente, de visão menos formalista do fenômeno. A ausência de um dos requisitos de natureza exclusivamente processual, que alguns dividem em duas categorias – pressupostos processuais e condições da ação – e outros reúnem na categoria genérica das condições de admissibilidade do exame de mérito, só deve impedir o exame do pedido de tutela jurisdicional em último caso. O que se pretende defender é a redução do grau de importância normalmente atribuído às questões processuais. Nem sempre a falha no plano processual irá determinar a impossibilidade de o instrumento cumprir sua finalidade, eliminando a crise de direito material. Às vezes, por exemplo, em razão de determinadas circunstâncias, embora configurada a ausência de interesse processual, o processo será extinto com julgamento de mérito.[71]

O mesmo ocorre com vícios formais da inicial e com a ausência de capacidade postulatória.

Em todos esses casos – e dependendo, fundamentalmente, do momento em que o problema é detectado –, o vício poderá ser relevado se o contraditório desenvolveu-se normalmente.

14. Instrumentalidade das formas: opção entre valores

O fenômeno processual sofre intensa influência do mundo exterior. Até mesmo idéias não-jurídicas podem ser validamente utilizadas para compreensão de institutos típicos do processo. A noção de "instrumentalidade das formas" como mecanismo destinado a

aqui referidos. Entre elas incluem-se aquelas voltadas à mera regularidade procedimental, cuja observância possa representar ilegítima restrição a garantias constitucionais do processo (cf. Proto Pisani, comentário a julgado da *Corte di Cassazione*, *Il Foro Italiano* I/1.717-1.719. V. também: José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*, pp. 188 e ss.; Pedro J. Bertolino, *El Exceso Ritual Manifiesto*, pp. 78 e ss.).

71. Com relação ao interesse processual, esta conclusão é plenamente aceita pela doutrina alemã (cf. Miguel Teixeira de Souza, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)", *RePro* 63/67; Michele Fornaciari, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito. L'Ordine di Esame delle Questioni nel Processo*, pp. 14-15, nota 27).

conferir validade a atos processuais viciados – o que implica valorizar o fim em detrimento da tipificação legal – pode ser comparada à interessante idéia filosófica da *permuta civilizatória*, segundo a qual o progresso e os ganhos objetivos decorrentes do bem-estar podem representar perda subjetiva da felicidade, mas constituem opção da sociedade.[72]

Também em direito processual, entre dois valores – forma do ato processual e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação. Não obstante a forma seja valor importante no processo, pois é garantia de ordem, segurança e liberdade,[73] o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa os outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal.

A regulamentação dos atos processuais não difere substancialmente, quanto aos motivos que a informam, da verificada no plano dos atos jurídicos em geral. Tanto quanto na vida, também no processo pretende-se que os sujeitos se conduzam de modo a colaborar para a obtenção de determinados fins. Em ambos, o escopo último é a paz social. A técnica adotada pelo legislador visando a determinar a atuação dos sujeitos do processo é ditada por regras de experiência e se manifesta mediante o conjunto de dispositivos legais destinados a adequar os vários atos que compõem o procedimento à respectiva finalidade.[74]

72. O tema é tratado com a habitual clareza por Eduardo Giannetti: "A noção de permuta nesse contexto é aquela denotada pelo termo inglês *trade-off*, ou seja, a idéia de que a obtenção de alguma coisa valiosa numa dada dimensão implica o sacrifício de outra coisa, também valiosa, em outra dimensão; a noção de *trade-off*, que não possui um equivalente exato em Português, significa que a relação entre o valor pretendido e o sacrificado é direta e inescapável" (*Felicidade*, p. 198; v. também pp. 102 e ss.).

73. Ao examinar os vários significados para a expressão "forma", no plano filosófico, geral e jurídico, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca, juntamente com Norberto Bobbio, sua função estabilizadora em relação ao Direito, "com vistas a se privilegiar, para além dos valores substanciais, valores puramente formais, tais como a ordem, a permanência e a coerência" (*Do Formalismo ...*, 2ª ed., p. 3). No âmbito do processo, além desses valores formais, vislumbra-se também outro escopo, de natureza substancial e voltado diretamente às partes da relação: segurança de livre participação nos atos do procedimento e igualdade de tratamento.

74. Cf. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. II, pp. 145-146.

Aliás, a ciência processual moderna vem admitindo o sacrifício da segurança em prol da celeridade – o que se verifica com a ampliação das hipóteses de tutelas de urgência (CPC, art. 273). Essa opção pode representar até mesmo violação a situações amparadas no plano substancial, pois possibilita a satisfação provisória de direitos cuja existência constitui mera probabilidade, ainda que em alto grau.

O mesmo ocorre em relação aos títulos executivos extrajudiciais, que autorizam a invasão do patrimônio do suposto devedor sem prévia certificação da existência e violação do direito. Aqui, como a existência do crédito é muito provável, o legislador dispensa a prévia atividade cognitiva, transferindo o ônus de provocá-la ao devedor, mediante embargos.

São opções entre dois valores, sendo inexorável que um prevaleça, em detrimento do outro.

Também no que se refere à forma do ato processual e à conseqüente nulidade decorrente da não-observância do modelo, necessário verificar se para o sistema não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo. Daí o confronto entre dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual, cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo.[75]

Se tivermos de optar entre esses dois valores, sem sombra de dúvida devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo.

Se processo jurisdicional outra coisa não é senão meio ou método de solução de controvérsias, regulado de forma a possibilitar seu desenvolvimento seguro, sem dilações indevidas, bem como a garantir que as partes possam influir no resultado, participando efetivamente de tudo o que nele ocorrer, fica evidente o predomínio do fim sobre a forma. Esta serve tão-somente para proporcionar os resultados esperados.

75. Sobre noção, elementos e requisitos de validade do ato processual, com destaque para a forma, v. Roque Komatsu, *Da Invalidade* ..., pp. 119-131.

Daí a idéia do *sobredireito processual*, constituído pelas normas destinadas a abrandar o rigor das conseqüências impostas pelo Código por descumprimento da técnica processual. Nessa linha, todas as regras sobre requisitos de validade do instrumento e condições de admissibilidade do julgamento de mérito devem ser interpretadas em conformidade com o fim visado pela formalidade em si e pelo processo como um todo. Somente assim será possível a identificação precisa da sanção adequada, a ser imposta pelo descumprimento da forma. Mas também, e principalmente, torna viável a desconsideração do vício se inexistente prejuízo em relação aos objetivos pretendidos com a forma.[76]

É preciso enfatizar esse aspecto da técnica processual, para conscientizar todos os que se utilizam do processo de que sua estrutura é concebida para possibilitar sejam atingidos determinados fins. Só para isso, nada mais. A existência do processo é justificada pelos escopos que ele visa a alcançar, não pela forma de que se revestem seus atos. A observância da técnica, portanto, representa exigência inafastável do sistema apenas se imprescindível à consecução dos objetivos buscados. A legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade, não na forma adotada para que tal efeito se produza.[77]

76. A expressão "sobredireito processual" é utilizada por Galeno Lacerda para identificar as regras incidentes sobre outras, abrandando as sanções nelas previstas por ocorrência de vícios processuais, desde que atingido o fim desejado (cf. "O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/12-13). Nesse mesmo sentido: José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 196-200. Segundo bem observa Galeno Lacerda, existe nos textos codificados verdadeira hierarquia de interesses tutelados, cuja descoberta é essencial à correta compreensão do respectivo sistema. Em relação ao Código de Processo Civil, pondera o eminente processualista que "o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material". Por isso – continua ele –, é preciso identificar as regras processuais destinadas a tutelar a instrumentalidade desse método de eliminação das crises de direito material, "porque nelas reside e habita o interesse público predominante". E conclui: "Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/10-11).

77. Cf. Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, "A teoria das nulidades e o sobredireito processual", *RF* 344/6-7.

15. Instrumentalidade das formas, procedimento e devido processo legal

A *forma*, como fator de legalidade do processo, não se refere apenas ao ato processual individualmente examinado, mas ao próprio procedimento – que nada mais é, aliás, que a soma dos atos do processo, todos interligados e unidos teleologicamente, com vistas à solução da crise de direito material.[78]

Vista por esse ângulo, a não-observância do procedimento previamente estabelecido em lei constitucional e infraconstitucional (devido processo constitucional e devido processo legal) pode também gerar nulidade processual.

Pense-se, por exemplo, no julgamento antecipado de processo em que há controvérsia fática e, portanto, necessidade de produção de prova. A interrupção indevida do procedimento configura violação não só ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), mas também a regra infraconstitucional (CPC, art. 330).

Às vezes, todavia, atento à idéia de celeridade do processo, o próprio legislador confere ao juiz o poder de influir na condução do devido processo legal, adaptando-o à situação de direito material posta em juízo. É o que se denomina "princípio da adequação formal", destinado a possibilitar ao juiz determinar a realização de atos diversos daqueles previstos na lei, mas úteis aos objetivos do processo no caso concreto.[79]

78. Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., p. 329.

79. Cf. José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à luz do Código Revisto*, p. 179. Constitui princípio geral do novo Código português (art. 265º-A) (cf. Joaquim José de Souza Dinis, "Inovações e perspectivas do direito processual civil português", *Jurisprudência Brasileira* 186/28). É o fenômeno que denominei como "princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa", visto que se trata de um conjunto de regras gerais, todas com o mesmo objetivo, das quais se pode extrair esse postulado maior, aplicável a todo o sistema (cf. Bedaque, *Direito e Processo* ..., 3ª ed., p. 60). Como observa Dinamarco, ao tratar do princípio da adaptabilidade, é inconcebível um sistema inflexível quanto às regras de procedimento, pois não há como regular todos os pormenores, nem prever situações excepcionais. Por isso – continua o Mestre –, deve ser elevada a plasticidade do arcabouço, para permitir o adequado desenvolvimento do processo, sem abrir mão da segurança proporcionada pelo devido processo legal. E conclui: "As mesmas regras procedimentais que constituem penhor da efetividade do contraditório poderiam tornar-se empecilhos a ele, se enrijecidas; e também constituiriam fator de distanciamento entre o juiz e a causa, além de propiciar delongas desnecessárias. Volta, com isso, o discurso sobre a instrumentalidade das formas no procedimento e a séria advertência sobre a sua função vital no direito processual moderno" (*A Instrumentalidade* ..., 11ª ed., p. 356). Moniz de Aragão refere-se ao excessivo número de procedimentos especiais, propondo a adoção da fungibilidade, levando-se em conta não apenas aspectos da relação material, mas também o próprio processo e os objetivos a ele inerentes. Para encontrar soluções adequadas no plano procedimental é preciso ter em mente, sempre, o escopo fundamental do processo, "qual seja proporcionar expeditamente soluções justas para os conflitos submetidos à apreciação dos juízes" (cf. "Procedimento: ...", *RF* 358/57).

Esta possibilidade não deixa de ser manifestação do justo processo. Embora o legislador ordinário possa – respeitados os limites constitucionais – estabelecer a forma processual que considere mais adequada, é preciso interpretar tais regras segundo sua finalidade.

Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à idéia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. Aliás, se inexistente qualquer razão maior para determinadas especificidades procedimentais, nada obsta a que seja adotada a idéia da fungibilidade nesta sede.[80]

O julgamento antecipado configura típica possibilidade de flexibilização do procedimento, à luz da situação retratada nos autos.

Outra aplicação do denominado "princípio da adaptabilidade" consiste na limitação ao segundo grau de jurisdição, mediante a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação, com a permissão dada ao tribunal para prosseguir no exame da relação substancial se cassada a extinção do processo sem julgamento de mérito.

O princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que não integre o rol das garantias constitucionais do processo – ao menos no en-

80. Como acertadamente observa Moniz de Aragão ("O processo civil ...", *RF* 353/62). De fato, nem sempre a idéia de justo processo é compatível com formas rígidas: "La regolamentazione particolareggiata delle modalità di instaurazione e di svolgimento del processo non attiene necessariamente alla garanzia del giusto processo. Quest'ultima non può dirsi violata perchè ci si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale che consente al giudice di adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze che caso per caso emergono" (Nicolò Trocker, "Il nuovo art. 111 ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/392).

tender da maioria da doutrina e da jurisprudência[81] –, compõe a idéia de devido processo legal. Em princípio, portanto, as decisões judiciais são passíveis de reexame.[82]

Daí a limitação estabelecida no art. 515, *caput*, do CPC com relação à extensão do efeito devolutivo da apelação: como só se devolve o que for efetivamente impugnado, não há como o tribunal examinar matéria estranha aos limites da sentença. O § 3º, todavia, estabelece exceção à regra, tendo em vista as especificidades da situação: desnecessidade de novas provas.

Essa previsão é inspirada no princípio da instrumentalidade das formas, visto como fator de flexibilização não apenas da forma do ato individualmente considerado, mas do próprio procedimento.

À base desse pensamento está o princípio da economia processual, a ser levado em conta não só pelo legislador, na elaboração da técnica processual, como também pelo juiz, na condução do processo.

Para tanto, deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível.[83]

81. Cf. Bedaque, "Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos", in Nélson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, vol. 7, pp. 449-450. A garantia constitucional da ação compreenderia o direito de recorrer, segundo regulado pelo legislador ordinário – o que não significa obrigatoriedade da previsão (cf. Alessandro Pizzorusso, "Garanzia costituzionale dell'azione", in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, 4ª ed., vol. VIII, pp. 612-613).

82. Cf. Dinamarco, *Instituições* ..., 5ª ed., vol. I, pp. 256-264. Cf. também Comoglio, "Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale", *Rivista di Diritto Processuale* 2/317 e ss.

83. Como bem observa Comoglio, a aspiração a uma justiça substancial – o que equivale, se quisermos empregar terminologia consagrada pela doutrina nacional, a proporcionar ao titular do direito acesso à ordem jurídica justa – pressupõe a concessão de poderes ao juiz para verificar se os meios previstos pelo legislador são idôneos e adequados ao fim proposto, o que permite tornar menos custoso e mais eficiente o processo. E conclui: "Essendo impossibile affidare alla normazione astratta siffatto controllo, che richiede elasticità ed adattabilità degli interventi correttivi alle variabili esigenze del caso concreto, è indispensabile investirei il giudice di compiti opportunamente ampi, al fine di *economizzare* l'utilizzazione delle forze e delle risorse processuali, mediante un'azione articolata in tre convergenti direzioni: a) disciplina del ritmo processuale, con atti d'impulso e di stimolo officioso, idonei a sovrapporsi all'inerzia delle parte; b) eliminazione delle attività superflue, in relazione allo scopo da perseguire, con risparmio indiretto di tempo e di spese; c) adattamento delle prescrizioni di forma agli scopi generali del processo ed a quelli particolare dei singoli atti, con la correzione (anche officiosa) dei vizi concretamente irrelevanti e con la possibilità di sanare le irregolarità rimediabili senza spreco di attività già compiute" (*Il Principio* ..., vol. I, p. 52; "Premesse ad uno studio ...", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/624-625). Em estudo comparativo a respeito da economia de juízo, o autor também destaca a existência de nexo entre este princípio e a ampliação dos poderes do juiz. Segundo ele, essa forma de tratar o tema não é comum na experiência hispano-americana, que reduz o âmbito de aplicação da economia, reservando-lhe função simplesmente hermenêutica, como um dos princípios formativos do processo. Já na Alemanha, em especial na antiga Alemanha Oriental, há o reconhecimento desse elo (cf. "Il principio di economia processuale ...", *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/666-677).

A adaptação do processo a seu objeto dá-se, pois, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades das hipóteses possíveis. Mas ocorre também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta.[84]

Tais premissas estão ligadas à tendência publicista e antiformalista do direito processual.[85]

A reforma do Código de Processo Civil português teve por objetivo, entre outros, conciliar idéias como segurança, liberdade e celeridade. Entre as providências está a de sobrepor o fundo à forma, mediante previsão de maior poder interventor do juiz (cf. Joaquim José de Souza Dinis, "Inovações e perspectivas ...", *Jurisprudência Brasileira* 186/28).

84. Cf. Fredie Didier Júnior, "Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento", *Revista de Direito Processual Civil* 21/536.

85. Cf. Comoglio, "Il principio di economia processuale ...", *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/629. Moniz de Aragão critica o modelo burocrático-formalista do processo jurisdicional, sugerindo redução do número de procedimentos e a fungibilidade, "de modo a tentar eliminar a pletora de regras e regrinhas meramente formais, cuja interpretação gera problemas e mais problemas, a ocupar a atenção dos juízes e tribunais com tamanha intensidade que, muitas vezes, ficam eles absorvidos por essas questões a ponto de perder a perspectiva do julgamento do mérito da causa, que constitui, este sim, e obviamente, o verdadeiro objetivo da existência do direito processual" ("Procedimento: ...", *RF* 358/58). Análoga é a proposta de Fazzalari, que também se

A flexibilização da forma não contraria a idéia de que o Código de Processo Civil constitui um sistema. Não obstante as alterações por que vem passando a lei processual, as regras nela previstas resultam de princípios harmônicos e coordenados à obtenção de um fim.[86]

preocupa com a simplificação da forma do procedimento ordinário e com a limitação dos procedimentos especiais ao estritamente necessário, com a devida sistematização ("Il giusto processo e i *procedimenti speciali* civili", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1/6).

86. Ao contrário do afirmado por Teresa Arruda Alvim Wambier ("Fungibilidade de 'meios': ...", in Nélson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos Polêmicos* ..., p. 1091), o estado de transformação do Código não é incompatível com a idéia de *sistema*, em qualquer das acepções que o termo comporta: conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação; disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada; conjunto ordenado de meios de ação ou de ideais, tendente a um resultado; técnica ou método empregado para um fim precípuo (cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário* ..., 1ª ed., p. 1.308). É, pois, o sistema processual a base para determinadas soluções aparentemente contrárias à letra da lei, mas conformes aos princípios que o compõem.

Claus-Wilhelm Canaris, após apresentar várias definições de *sistema*, identifica em todas elas duas características, distintas, mas intimamente relacionadas: ordenação e unidade. Diante de formulação muito geral, para evitar restrição precipitada, deve-se considerar um estado de coisas fundado na realidade (ordenação), sem que isso implique dispersão numa multitude de singularidades desconexas, "antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais" (unidade). Afirma que ambos os aspectos estão em estreita conexão, devendo o primeiro ser o correspondente mais fiel possível do último, "de modo a que a elaboração científica de um objecto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade. Segue-se imediatamente daí, para a formação jurídica do sistema, que esta só será possível quando o seu objecto, isto é, o Direito, aparente tal sistema *objectivo*. Qualquer outra precisão sobre o significado da *idéia de sistema* na Ciência do Direito e sobre o correspondente conceito de sistema pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenação e unidade indispensáveis como fundamento do sistema" (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª ed., pp. 12-13).

O nexo entre sistema e unidade das regras que compõem o ordenamento jurídico é ressaltado por Arruda Alvim (cf. "Anotações sobre alguns aspectos ...", *RePro* 97/52, esp. notas 3 e 4). Para perfeita compreensão de um sistema, imprescindível a identificação de seus princípios fundamentais, entendido *princípio* como "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exa-

Por essa razão, não é convincente a tese da relação necessária entre *procedimento* e *interesse público*, o que determinaria a observância rigorosa do rito, sob pena de nulidade do processo. Ao prever as regras procedimentais, o legislador imagina ser aquela a forma mais adequada para o correto desenvolvimento do processo. Mas se, em determinada situação concreta, o descumprimento de determinada exigência formal relacionada ao rito não comprometer o objetivo imediato da norma, nem o escopo maior do processo, e desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há por quê reconhecer relevância ao vício.[87]

Por isso, considera-se admissível a adoção de medidas não previstas expressamente no *iter* procedimental dos recursos, visando a preservar os atos anteriormente praticados.

Para ilustrar a tese, passa-se ao exame de situação concreta. Em agravo de instrumento, a comunicação prevista no art. 526 do CPC fora protocolada na comarca da Capital, para ser encaminhada a determinado foro do Interior. Trata-se de mecanismo existente no Estado de São Paulo, denominado "Protocolo Integrado". A informação, todavia, só chegou ao destino após ter o agravado contra-arrazoado o recurso, com argüição da ausência desse requisito de admissibilidade. Como o agravante se desincumbira do ônus no prazo previsto, não sendo responsável pela demora, afastou-se a alegação preliminar. Para preservar o contraditório e a isonomia entre as partes, todavia, concedeu-se nova oportunidade para a apresentação de resposta.[88]

tamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., pp. 882-883).

87. Não se nega a existência de interesse público na regulamentação do procedimento. Afinal, ela resulta de avaliação prévia feita pelo legislador sobre a adequação do meio. Mas, com Galeno Lacerda, insiste-se em acentuar a maior relevância do fim, valor principal na interpretação da forma processual. O interesse público na determinação do rito está na garantia de outros valores, não dele em si mesmo: "Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/10).

88. TJSP, 1ª C. de Direito Público, AI 348.655-5/5, Lorena, j. 25.5.2004, v.u.

Em outro processo, provida apelação e opostos embargos de declaração pelo apelado, verificou-se não ter havido intimação deste último para responder ao recurso. Por decisão monocrática concedeu-se-lhe oportunidade para o exercício dessa faculdade, e as contra-razões vieram aos autos. O apelado ressaltou aspecto importante da questão, que passara despercebido. O suprimento da omissão determinou o provimento do recurso. Inverteu-se o resultado do julgamento em sede de embargos.[89]

Também já se admitiu a conversão de processo monitório em cognitivo-condenatório, tendo em vista determinadas circunstâncias especiais. A questão é interessante, e os argumentos apresentados no voto serão reproduzidos, até para serem submetidos a crítica:

"Admissível a desistência da ação ou a alteração do pedido imediato da demanda, desde que atendidas determinadas regras processuais.

"No processo de conhecimento, o autor não pode desistir da ação após decorrido o prazo para a resposta (CPC, art. 267, § 4º), nem modificar o pedido depois da citação (CPC, art. 264).

"Na execução, a desistência é sempre possível antes dos embargos (cf. CPC, art. 569 e parágrafo único, alíneas 'a' e 'b'), sem anuência do executado (cf. Carlos Alberto Carmona, 'O processo de execução depois da reforma', *RF* 333/39; v. também Ap. n. 771.599-1, Ribeirão Preto, 1º TACivSP, 12ª C., j. 11.5.1999, v.u.; Ap. n. 419.509-5, São José do Rio Preto, 1º TACivSP, 5ª C., rel. Juiz Maurício Vidigal, j. 27.6.1990; Ap. n. 421.540-7, Osasco, 1º TACivSP, 4ª C., rel. Juiz Octaviano Lobo, j. 25.4.1990; REsp n. 767/89-GO, STJ, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.10.1989, in *DJU* 20.11.1989).

"Já a alteração do pedido de tutela executiva para monitória pode verificar-se mesmo após a citação, que deve ser refeita, como ocorrido no caso dos autos, pois, além da inexistência de vedação legal, nenhum prejuízo acarretará para o executado, cuja possibilidade de embargar acaba sendo ampliada, visto que desnecessária a garantia do juízo (AI n. 1.012.359-0, Cruzeiro, 1º TACivSP, 12ª C., rel. Juiz Matheus Fontes, j. 4.9.2001, v.u.; Ap. n. 881.637-1, Urupês, 1º TACivSP, 12ª C. Férias janeiro/2001, j. 13.2.2001, v.u.; AI n. 954.329-9, Presidente Prudente, j. 10.10.2000, v.u.; AI n. 953.565-1, Bauru, j. 10.10.2000, v.u.).

89. TJSP, 1ª C. de Direito Público, EDecl 172.790-5/7-02, Santo André, j. 8.6.2004, v.u.

"Deve-se ponderar, ainda, que o agravado só propôs ação de execução por ser esta a orientação jurisprudencial à época. Não parece justo sancioná-lo processualmente apenas em razão da nova posição dos Tribunais a respeito dos contratos de abertura de crédito em conta corrente.

"Admissível, portanto, a conversão, ainda que determinada após a citação."[90]

Em sentido diametralmente oposto, simpatizantes do formalismo insistem em exigências formais de determinados recursos, ainda que absolutamente desnecessárias aos fins pretendidos. Já se chegou a negar seguimento a agravo de instrumento por não ter o agravante juntado certidão de intimação da decisão agravada, embora tenha ele esclarecido que ainda não houvera publicação.[91]

Com as providências não-ortodoxas antes referidas, embora com retrocesso a fases anteriores do procedimento, preservou-se o contraditório, sem necessidade de anular atos regularmente praticados.

Por tais razões, além de outras, estranhas ao objeto do trabalho, deve ser veementemente repelida a tentativa de ressuscitar visão privatista do processo, com restrições à atividade do juiz na sua direção e condução.

Processo não é coisa das partes. São múltiplos os interesses envolvidos em uma demanda judicial, ainda que seu objeto seja exclusivamente privado. Além do aspecto econômico – afinal de con-

90. 1º TACSP, 12ª C., AI 1.018.796-7, Sorocaba, j. 29.5.2001, v.u. Em situação análoga admitiu-se a conversão mesmo após opostos os embargos à execução, pois, embora versassem sobre o mérito, dependendo a desistência da concordância da parte contrária (CPC, art. 569 e parágrafo único, "b"), a modificação acarretaria "tão-somente a desoneração do bem penhorado, o que constitui vantagem para os agravados. No mais, bastam algumas adaptações procedimentais, visto que a matéria deduzida nos embargos à execução fundada em título judicial tem a mesma amplitude que a dos embargos ao mandado monitório (CPC, art. 745)" (1º TACSP, 12ª C., AI 992.220-5, Cruzeiro, j. 10.4.2001, m.v.).

91. Sobre as formalidades do agravo e os exageros da jurisprudência no tratamento da questão, cf. Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, "O formalismo e a instrumentalidade do processo – ...", *Revista Dialética de Direito Processual* 2/33-42.

tas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos –, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influindo na própria segurança das relações jurídicas.

Embora não voltada diretamente ao problema do formalismo indesejado, a advertência feita pela doutrina contra o perigo do pensamento privatista também serve para fundamentar a necessidade de conceder ao juiz poderes para adequar a forma processual à realidade do caso concreto, visto competir-lhe velar pela defesa do interesse público existente em todo processo.[92]

92. Quem chama a atenção para o tema é Barbosa Moreira, que invoca o interesse público: "Este requer, por exemplo, que o feito se realize com dispêndio necessário e suficiente de tempo e de energias: nem menos, nem mais. É uma imposição que pode coincidir ou não com o desejo dos litigantes: ao contrário do que às vezes se supõe com certa ingenuidade, em regra pelo menos um dos dois, e às vezes ambos, preferem que se mantenha lento o passo do processo. Deixado o pleito, no particular, aos exclusivos cuidados das partes, surge o perigo de que ele se eternize. O órgão judicial deve estar atento e impedir que o perigo se converta em dano: a condução do processo há de assegurar-lhe toda a rapidez possível, sem prejuízo do respeito aos direitos dos litigantes, ainda quando estes não se mostrem dispostos a colaborar. Em nosso ordenamento, 'o processo civil começa por iniciativa da partes, *mas se desenvolve por impulso oficial*' (art. 262). Descumpre inescusavelmente o preceito o juiz que condescende com manobras protelatórias, ou, em termos mais amplos, subordina à vontade dos litigantes, ou à de qualquer deles, o exercício de uma atribuição que a lei lhe confia" ("O processo, as partes e a sociedade", *Revista Dialética de Direito Processual* 5/35).

Sobre manifestações contra o publicismo e a favor do processo dispositivo, v. as considerações críticas de Mabel de Los Santos, em apoio ao ativismo judicial ("Postulación y flexibilización de la congruencia (Su análisis con relación al Código Procesal Peruano)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 6/239-244). Cf. também a esclarecedora lição de Giovanni Verde sobre a diferença entre códigos autoritários ou sociais e códigos totalitários, sendo aqueles movidos pela idéia de justiça, sem limitar a liberdade das partes quanto ao exercício dos respectivos direitos substanciais ("Le ideologie del processo in un recente saggio", *Rivista di Diritto Processuale*, julho-setembro/2002, pp. 676-687). Cf. a respeito, também, Proto Pisani, "Il Codice di Procedura Civile del 1940 fra pubblico e privato", in *Il Foro Italiano* 73, pp. 15 e ss. – em que é refutada a acusação de fascista dirigida ao Código italiano, que, para o autor, é informado por idéias publicistas. A propósito, Barbosa Moreira indaga se o legislador inglês, ao ampliar os poderes do juiz, teria optado por alguma forma de autoritarismo (ou até totalitarismo, se concordarmos com a distinção estabelecida por Giovanni Verde) (Barbosa Moreira, "O processo civil contemporâneo: ...", *RF* 370/59, nota 22).

Entre os poderes do juiz inclui-se, sem dúvida, a correta aplicação das regras sobre nulidades e pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, para evitar não apenas a demora desnecessária, como a extinção de processos sem a entrega da tutela jurisdicional a quem faz jus a ela.

O reforço de sua autoridade, em razão do quê ele deixa de ser o juiz neutro e assume a condição de diretor do processo, confere-lhe também o poder-dever de controlar a regularidade do instrumento e procurar, na medida do possível, adequar a forma às exigências concretas – mecanismo denominado de "elasticidade" ou "flexibilidade" das formas. Segundo esta concepção, mesmo diante de determinada exigência formal, sempre há certa margem de liberdade para o juiz na verificação do cumprimento da regra. Para esse exame ele leva em consideração, mais que o texto legal, o *princípio da instrumentalidade das formas*, segundo o qual o ato será sempre válido, independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim.

Como conseqüência natural desse entendimento, mesmo se a lei cominar expressamente de nulidade a não-observância de determinada forma, ainda que ausente requisito considerado indispensável, desconsidera-se o vício se o ato atingir a finalidade para a qual estava destinado.[93]

Esta conclusão será melhor desenvolvida nos capítulos subseqüentes.

A importância da atuação do juiz e do reforço de seus poderes, com o objetivo de assegurar os princípios constitucionais do processo, é ressaltada por Comoglio ("Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, pp. 1.087 e ss.; "Contraddittorio (principio del)", in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, pp. 3-4; "Contraddittorio", in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, 4ª ed., vol. IV, pp. 25 e ss.) – que reconhece, todavia, ser o modelo italiano predominantemente dispositivo, pois o juiz está absolutamente vinculado ao pedido e aos fatos alegados pelas partes, devendo ser visto como excepcional e subsidiário o exercício de atividade instrutória oficial (*Riforme Processuale e Poteri del Giudice*, pp. 320-321).

Para estudo sobre o denominado "princípio dispositivo" e suas possíveis manifestações, cf. a primorosa monografia de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Ônus da Prova no Processo Penal*, pp. 63 e ss.; v. também Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., pp. 86 e ss.

93. Roberto O. Berizonce, "Las formas ...", in Roberto O. Berizonce e outros, *Estudios de Nulidades Procesales*, pp. 20-21.