

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CAMPUS DE  
JACAREZINHO**

Levi Rosa Tomé

**SIMPLIFICAÇÃO PROCESSUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À  
ORDEM JURÍDICA JUSTA**

Jacarezinho/PR  
2013

Levi Rosa Tomé

**SIMPLIFICAÇÃO PROCESSUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À  
ORDEM JURÍDICA JUSTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Linha de Pesquisa “Função Política do Direito”, sob a orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Jacarezinho/PR  
2013

Levi Rosa Tomé

## **SIMPLIFICAÇÃO PROCESSUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA**

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e na Linha de Pesquisa: “Função Política do Direito”.

Banca examinadora:

---

Presidente: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

---

Membro: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

---

Membro: Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura

---

Coordenador do Programa: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho/PR  
2013

*Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingará,  
ignorando o direito.*

*Georges Ripert.*

À Vera, meu amor.

À Lívia, nosso amor.

Aos meus pais, Laelson e  
Nadir.

Ao meu irmão, Elineu.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, sempre e por tudo.

Agradeço ao Professor Doutor Vladimir Brega Filho, pela competência com que coordena as atividades do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e por ter aceitado ser o orientador nesta dissertação. Mas para além disso, devo agradecê-lo, especialmente, pelo entusiasmo com que desempenha as suas funções, o que a todos contagia e impulsiona.

Também devo agradecer a todos os professores do Programa de Mestrado, cuja competência é reconhecida, e cujas lições, não só académicas, mas de vida, ficarão para sempre.

À nossa secretária, Maria Natalina Costa, também estendo estes agradecimentos, reconhecendo o seu trabalho e a sua dedicação para com todos os alunos.

Um agradecimento sincero e carinhoso devo expressar aos meus colegas de mestrado, que me fizeram ver que a busca pelo conhecimento une as pessoas e propicia o afloramento de amizades sinceras. O mestrado foi um período de valioso aprendizado em todos os sentidos; convivi com pessoas maravilhosas, várias das quais com idade para serem meus filhos – e parece que as coisas mais importantes que aprendi vieram exatamente desses jovens.

A Fabiano Alpheu Barone Barbosa quero agradecer de modo especial, por sua amizade e por sua bondade para comigo. E também pelos pães de queijo das manhãs de sábado.

Também sou grato a Daniela Martins Madrid, pelo inestimável e paciente auxílio nas questões metodológicas.

A Paulo Mazzante de Paula também vai este agradecimento, principalmente por acreditar em mim, às vezes mais até do que eu mesmo.

A muitos mais sou agradecido, cuja lista não caberia aqui, neste pequeno espaço; mas uma pessoa, em especial, preciso agradecer e ao mesmo tempo me desculpar, publicamente. Quero agradecer à minha esposa, Vera, pelo carinho e pela compreensão de sempre, e me desculpar pelas infindáveis horas roubadas do seu convívio.

*Muito Obrigado.*

TOMÉ, Levi Rosa. **Simplificação processual como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa**. 2013. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2013.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da morosidade da prestação jurisdicional, elegendo a simplificação processual como mecanismo capaz de superá-la. Existe um endêmico problema relacionado à morosidade da Justiça, que possui diversos motivos, sendo um deles o formalismo processual exacerbado. Esta questão fala de perto ao próprio descrédito do Poder Judiciário, e pode representar perigo para a própria Democracia - daí a ingente necessidade de sua superação. O acesso à Justiça está previsto na Constituição, no seu artigo 5º, inciso XXXV, que por isso mesmo se constitui em garantia institucional capaz de influenciar o legislador ordinário, na busca por procedimentos judiciais mais céleres, e também o julgador, na interpretação da lei de modo mais adequado à satisfação dessa mesma garantia. No contexto deste trabalho, o procedimento judicial, mais do que o processo, propriamente, tem grande importância, de vez que considerado o aspecto material do processo, o ponto de contato entre a relação processual e a própria realidade da vida, daí a sua ductilidade, capaz de conformar-se à realidade do caso concreto. E disso deve resultar a possibilidade de adequação de formas processuais às especificidades da causa, sem necessidade de que a lei assim preveja. Atos processuais são causais e não formais, por isso mesmo lhes interessando mais o conteúdo do que a forma, visão que deve expandir-se para todo o sistema processual e influenciar, de modo incisivo, a própria compreensão dos institutos processuais, especialmente para extrair desse sistema a sua principal característica – a instrumentalidade. A intenção não é desprestigiar a lei ou as formas processuais por ela estabelecidas, mas dar-lhe um valor relativo, que deve ceder no confronto com o direito material a ser tutelado. A lei processual, aliás, assim como qualquer outra, é naturalmente falha, por isso mesmo comportando colmatação por parte do intérprete, de forma a que possa, de fato, empreender proficiência ao processo. Direitos processuais constantes da própria Constituição reforçam e solidificam esse posicionamento, pela compreensão de que tais direitos, ainda que previstos apenas de modo programático no Texto Constitucional, podem disciplinar o caso concreto, suprimindo a falta de lei ou afastando a lei injusta. A normatividade da Constituição – seus princípios e suas regras -, autorizam posições processuais subjetivas, ainda que a lei ordinária assim não preveja ou mesmo disponha de modo contrário. O processo, a partir da constitucionalização de vários de seus princípios informadores, não pode mais ser pensado a partir da lei ordinária, e sim a partir da própria Constituição, onde estão fixados parâmetros mínimos de justiça e equidade. Parâmetros estes, aliás, que não servem apenas para que o juiz afira a conformidade da lei ordinária em face da Constituição, mas também para que a própria atividade do julgador seja analisada sob a lente constitucional.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Estado Democrático de Direito. Instrumentalidade. Simplificação Processual. Normatividade Constitucional.

TOMÉ, Levi Rosa. **Procedural simplification as a mechanism of access to a fair legal system.** In 2013. 195 f. Thesis (Master) - University of Northern Parana ( UENP ) Jacarezinho , 2013.

## **ABSTRACT**

This paper addresses the issue of slowness of judicial services, electing procedural simplification as a mechanism able to overcome it. There is an endemic problem related to the slowness of Justice, which has several reasons and one of them is the exacerbated procedural formalism. This question speaks closely to the discredit of the judiciary, and can represent danger to democracy itself - hence the enormous need for overcoming them. The access to justice is provided in the Constitution, in Article 5, XXXV, that's why it constitutes an institutional guarantee that can influence the ordinary legislator, seeking for quicker judicial procedures and also the judge in interpreting the law more adequately to the satisfaction of this guarantee. In the context of this work, the judicial procedure rather than the process itself, is of great importance, considering the material aspect of the process, the point of contact between the procedural relationships and reality of life itself. Hence its ductility able to conform to the reality of the concrete case. And this should result on a possibility of adjustment of the procedural forms to the specificity of the case, without that the law foresees it. Procedural acts are causal and non-formal, so even they are more interested in the content than form, which vision must expand to all the procedural system and influence, so incisive, its own understanding of procedural institutes, especially to extract from this system its main feature - the instrumentality. The intention is not to discredit the law or procedural forms established by it, but give it a relative value, which must yield in comparison with the material right to be protected . The procedural law, otherwise, just like any other, has natural faults, therefore behaving completions by the interpreter, so that you can, indeed, bring proficiency to the process. Procedural rights contained in the Constitution itself reinforce and solidify this position, by the comprehension that such rights, even if only provided programmatically in constitutional text, can discipline the concrete case, supplying the lack of law or ruling out law unjust. The normativity of the constitution - its principles and rules - allow subjective procedural positions, even though the ordinary law does not foresee it or orders it otherwise. The process, from the constitutionalization of many of its informants principles, can no longer be thought of from the ordinary law, but from the Constitution itself, where are fixed minimum parameters of justice and fairness. These parameters, moreover, serve not only to the Judge so he can confront the compliance of ordinary law in the face of the Constitution, but also that his own activity be examined under the constitutional lens.

Keywords: Access to Justice. Democratic State of Law. Instrumentality. Procedural simplification. Constitutional normativity .

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 PROCESSO E DEMOCRACIA</b> .....	<b>14</b>
1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	14
1.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES (OU FUNÇÕES) .....	19
1.3 JURISDIÇÃO E SEUS ESCOPOS.....	25
1.4 ACESSO À JUSTIÇA.....	33
1.5 ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA.....	38
<b>2 PROCESSO E TÉCNICA</b> .....	<b>45</b>
2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO .....	45
2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO.....	54
2.2.1 Inafastabilidade da jurisdição.....	56
2.2.2 Devido processo legal .....	58
2.2.3 Razoável duração do processo .....	60
2.2.4 Contraditório .....	63
2.2.5 Inquisitivo-dispositivo.....	66
2.3 A REDESCOBERTA DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE .....	68
2.3.1 Oralidade, simplificação e efetividade .....	70
2.4 O DOGMA DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SUPERACÃO.....	75
<b>3 PROCESSO E INSTRUMENTALIDADE</b> .....	<b>79</b>
3.1 DIREITO E PROCESSO: A DISTÂNCIA NECESSÁRIA .....	79
3.2 PROCESSO E INSTRUMENTO: A VISÃO ADEQUADA.....	84
3.3 PROCESSO E FORMA: O MÍNIMO NECESSÁRIO.....	89
3.4 FORMALISMO E INSTRUMENTALISMO.....	93
<b>4 PROCESSO E CRÍTICA</b> .....	<b>102</b>
4.1 PROCESSO E LEI.....	102
4.2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO .....	109
4.3 NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E FORMALISMO PROCESSUAL .....	114
4.4 PROCESSO, REGRAS E PRINCÍPIOS .....	119
<b>5 PROCESSO E PRÁTICA</b> .....	<b>126</b>
5.1 O PROCESSUALISTA.....	127
5.2 A LEI PROCESSUAL INTERPRETADA DE MODO INSTRUMENTAL .....	131
5.2.1 Fungibilidade dos meios processuais .....	133
5.2.2 Relativização do instituto da preclusão .....	137
5.2.3 Relativização dos requisitos de admissibilidade da demanda – pressupostos processuais e condições da ação.....	139
5.2.4 Flexibilização dos limites da competência jurisdicional .....	144
5.2.5 Imunização decorrente da coisa julgada e a instrumentalidade do processo.....	147
5.2.6 Adaptabilidade procedimental como característica do processo judicial .....	151
5.3 A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO .....	155
5.4 DIREITO EM EXPECTATIVA .....	163
5.4.1 Processo judicial eletrônico.....	164
5.4.2 O Novo Código de Processo Civil .....	169
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>176</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>183</b>

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, muito se tem discutido a respeito do endêmico problema da morosidade do sistema judicial. Este estigma - “justiça morosa” -, tem sido tema de inúmeras reportagens e inúmeros comentários levados a público nos diversos meios de comunicação. O tema é recorrente no cotidiano das pessoas e tem servido à proliferação do sentimento de descrédito para com o Poder Judiciário.

Note-se não se tratar de crítica infundada ou mera aleivosia, mas de constatação séria, inclusive aferida por indicadores produzidos pelas próprias autoridades judiciárias, em especial modo o Conselho Nacional de Justiça.

O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, assim como o seu consequente lógico, o princípio da razoável duração do processo, estatuído no inciso LXXVIII, do mesmo dispositivo constitucional, resultam descumpridos em função da deficiência da prestação jurisdicional, que se mostra tardia e muitas vezes inútil.

A perniciosidade desse tipo de visão é evidente e preocupante, porque coloca em xeque o próprio princípio da separação dos poderes (ou funções) e com ele todo o sistema mantenedor do Estado Democrático de Direito. A gravidade desse estado de coisas é particularmente sentida numa democracia recente como a brasileira, o que se maximiza diante das carências materiais de que padecemos.

De outra parte, a causa desse elevado índice de processos que não alcançam solução tempestiva tem diversos matizes, que vão desde a falta de estrutura do Poder Judiciário, até a necessidade de modernização das regras processuais, sem deslembrar-se da própria cultura demandista que a todos acomete. As abordagens que aqui se seguirão propõem um recorte na problemática da morosidade judicial, para enfrentar um tema específico – o formalismo como entrave à prestação jurisdicional adequada e tempestiva, e a simplificação processual como forma de empreender rapidez e efetividade ao sistema.

A forma dos atos processuais não é um mal, exatamente, mas o seu exagero pode se transformar em entrave à efetividade do processo. Este trabalho visa buscar caminhos, não para que as formalidades processuais sejam desconsideradas ou anatematizadas, mas para que a sua importância seja adequadamente dimensionada, diante dos escopos da Jurisdição, sejam jurídicos, sejam metajurídicos.

O objetivo aqui é demonstrar que formas processuais, ainda que legalmente estabelecidas, em certas e específicas situações, podem ser afastadas em prol da efetividade da prestação jurisdicional, sem que nisso vá qualquer irregularidade ou arbitrariedade. Um cuidado, entretanto, há que se impor: o de não deslembrar que a forma processual também é sinônimo de segurança aos próprios jurisdicionados, e por isso jamais será de todo eliminada.

O acesso à Justiça, como direito fundamental e como garantia institucional, será a premissa a partir da qual se desenvolverá o tema central deste trabalho, com o objetivo de demonstrar que a instrumentalidade que caracteriza o processo não se aloja, propriamente, no processo, mas no sistema processual como um todo – do que devem decorrer importantes consequências, em especial modo quanto ao formalismo que marca o processo e que muitas vezes o desfigura.

Para o auxílio nas conclusões aqui tiradas, foram buscados alguns subsídios na doutrina estrangeira, em especial modo os escólios de autores que tratam de temas parecidos nos ordenamentos jurídicos português, espanhol e italiano.

A teoria material da Constituição serviu de referencial teórico para as pesquisas aqui realizadas, a partir da qual se pretendeu enfatizar a própria permeabilidade axiológica do processo, como instrumento concebido para tutelar o direito material, e que nesse intento busca parâmetros na normatividade da Constituição e na fundamentalidade dos direitos ali gravados.

Pesquisas jurisprudenciais foram realizadas, de molde a aferir o que entendem os tribunais a respeito de temas aqui levantados.

O objeto central deste estudo é o processo civil, muito embora as conclusões que aqui se aflorarão sirvam para a compreensão do sistema processual como um todo.

Dentro dessa ideia, o primeiro capítulo desta dissertação tratou da relação entre processo e democracia, procurando demonstrar a importância da proteção adequada dos direitos, como penhor do próprio Estado Democrático de Direito; sob a compreensão de que a autodeterminação do povo, necessária à sua participação na formação e aprimoramento das instituições estatais, passa pela proteção ampla e genérica de seus direitos fundamentais.

A importância do princípio da separação dos poderes e do próprio papel que deve exercer o Poder Judiciário, na salvaguarda de direitos fundamentais, também foi objeto de abordagem neste tópico inicial, com especial atenção para a Jurisdição, como poder ou função estatal, e principalmente no que toca aos seus escopos, que não são apenas jurídicos, mas também e especialmente metajurídicos, dizendo respeito à pacificação social com justiça.

O acesso a essa jurisdição pacificadora e socializante também foi objeto de análise, especialmente para compreender a sua indispensabilidade como o mais básico dos direitos humanos, do qual devem decorrer todos os demais. Aliás, os óbices ao acesso à jurisdição também foram objeto de abordagem nessa primeira etapa, e escolhida, para estudo mais aprofundado, a questão do formalismo exacerbado, capaz de esvair o processo de toda a utilidade que dele se espera.

A técnica processual, tal como abordada no segundo capítulo, procurou demonstrar a distinção entre processo e procedimento, assim como a importância deste último na adequação da relação processual às características do direito material a ser tutelado. O procedimento, nesse contexto, foi considerado como o aspecto externo da relação processual, tratando-se do elemento que a conecta à relação de direito material trazida a juízo; e em função do qual dita relação processual assume ou deve assumir a forma mais adequada possível, sempre visando conformar-se ao caso concreto e assim empreender tutela jurisdicional efetiva.

Também neste segundo capítulo discorreu-se sobre princípios informadores do processo, especialmente aqueles que, a juízo deste pesquisador, guardam relação com a questão principal analisada neste trabalho. Dentre esses princípios, empreendeu-se especial destaque ao princípio da oralidade, considerado essencial para a construção de um ambiente menos formalista, porque concentra atos processuais, aproxima os sujeitos do processo e empodera o juiz.

O dogma da natureza jurídica da ação, como elemento a partir do qual se concebeu a própria ciência processual, foi enfrentado neste mesmo capítulo e proposta a sua superação, como forma de aliviar o processo do tecnicismo improdutivo que o cerca.

Uma terceira seção foi aberta para que a instrumentalidade do processo fosse abordada, e para que se pudesse averiguar o seu efetivo alcance. Nesse desiderato, cuidou-se de situar o processo num contexto realístico, procurando aferir a sua utilidade a partir de um ângulo externo, que não levasse em conta apenas o processo em si, mas o sistema processual como um todo. Concebeu-se uma “instrumentalidade ampliada”, de forma a aferir a importância e a magnitude do processo, como método estatal destinado à pacificação social, não a partir do interior do processo ou da relação processual, mas pelo ângulo daquele que o observa pelo lado de fora. Nesse contexto, os escopos traçados pelo Estado, jurídicos e metajurídicos, devem dizer respeito à Jurisdição e não propriamente ao processo, pois o poder está naquela e não neste - do que deve decorrer importante conclusão: a de que, na teoria geral

do processo, posta-se ao centro a jurisdição e não o processo, que sob essa análise é instrumento, tão-somente.

E essa instrumentalidade do processo - asseverou-se - não significa desvalorizar as formas processuais, mas dimensioná-las de modo adequado, apenas o mínimo necessário à segurança dos próprios jurisdicionados. O que se combate é a degeneração da forma, o formalismo “oco” e “vazio”, o que não significa dizer que todo e qualquer formalismo assume essa conotação.

Formalismo e instrumentalismo foram colocados em confronto, com a especial finalidade de detectar a natureza jurídica dos atos processuais, dos quais se constitui o próprio processo. E constatou-se tratarem-se os atos processuais, de “atos jurídicos stricto sensu”, no sentido de os efeitos jurídicos por eles produzidos decorrerem não da vontade das partes envolvidas no processo, mas da predeterminação legal, daí a desimportância da forma, quando o conteúdo atende às especificações da lei.

O quarto capítulo, reconhecendo a adoção, pelo ordenamento brasileiro, do princípio da legalidade das formas, de consequência a importância da lei processual para o sistema, fala das características dessa lei processual – descritiva, secundária e instrumental -, além de refutar o dogma da lei completa e perfeita, para enxergar nela lacunas normativas, ontológicas e axiológicas, assim como a necessidade de sua colmatação.

De outra parte, detectou-se a perda de substância da lei ordinária, em função da incapacidade de o Parlamento absorver e conciliar a pressão advinda do pluralismo hodierno, do que a necessidade de se alçar ao vértice do ordenamento jurídico a própria Constituição, como forma de recuperar a substância perdida e empreender dignidade constitucional àqueles direitos considerados fundamentais, dentre eles os de cunho processual.

O formalismo processual foi posto sob a lente da própria normatividade constitucional, e constatada a possibilidade de sua superação, através de normas constitucionais, regras ou princípios, capazes de produzir posições jurídicas subjetivas, quer na ausência da lei, quer na presença de lei injusta ou iníqua. Invocou-se o artigo 5º, § 1º, da Constituição, para demonstrar a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais ao caso concreto, mesmo no caso de normas programáticas, estas na medida de sua densidade normativa.

Na abertura do quinto capítulo, foi ressaltada a natureza prática de que se reveste a ciência jurídica, influenciável pela ação humana, de consequência a importância da própria figura do “processualista”, na compreensão de que apenas ele, aqui considerado o

operador do processo, tem condições de aprimorar e densificar o sistema processual, principalmente neste ambiente de ruptura.

Nesse mesmo capítulo, foram descritas situações fáticas nas quais a interpretação instrumental da lei processual foi posta em prática, máxime no que se refere à fungibilidade dos meios processuais e à relativização de institutos do processo, como a preclusão, a competência, a admissibilidade do direito de ação.

Além disso, foram extremados os limites da instrumentalidade que se defende neste trabalho, nos marcos da própria Constituição; ressaltando-se que a intenção não é executar as formas processuais e a lei processual que as prevê, mas preservar a efetividade dos direitos processuais contemplados na própria Constituição. Nesse contexto, as formas processuais previamente estabelecidas devem ser prestigiadas, pelo menos até o ponto em que a sua cega aplicação possa confrontar-se com o próprio Texto Constitucional.

Também neste capítulo foram escolhidos dois temas ainda tratados como “direito em expectativa”, bem assim a questão do processo eletrônico, ainda em fase de implantação, e o projeto de lei que trata do novo Código de Processo Civil, em fase de discussão no Congresso Nacional, sob a compreensão de que estes temas falam de perto à instrumentalidade aqui defendida.

Por fim, foram tiradas algumas conclusões, pautadas tanto na natureza mesma do sistema processual, na sua feição instrumental, quanto nos valores e limites impostos pela própria Constituição Federal; e sempre na esperança de contribuir para a solução deste problema que a todos angustia – a inefetividade da Justiça que decepciona as pessoas, frustra suas expectativas e enfraquece a Democracia.

## 1 PROCESSO E DEMOCRACIA

Como se disse na introdução a este trabalho, a ineficiência da prestação jurisdicional, a sua inefetividade, tem direta implicação com a própria Democracia, cuja legitimidade se imbrica com o reconhecimento e a materialização de direitos e, de consequência, com o próprio prestígio aos poderes constituídos. Este capítulo tratará, exatamente, dessa ligação entre o reconhecimento de direitos e a manutenção da Democracia, sob a compreensão de que o respeito e a credibilidade do Poder Judiciário falam de perto ao próprio Estado Democrático de Direito.

Essa questão assume importância capital numa Democracia ainda recente como a brasileira, e mais ainda diante das inegáveis carências materiais de que padece o povo brasileiro.

### 1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Parece fora de dúvida que qualquer estudo ou pesquisa cuja pretensão seja analisar o processo judicial e sua efetividade, que tencione descortinar caminhos para o rápido e proficiente acesso à prestação jurisdicional, e que para tanto tenha em conta a importância e a credibilidade do Poder Judiciário, deva iniciar-se pela própria questão democrática.

Como reconhece Canotilho, ainda hoje se apresenta como a síntese mais lapidar do sentido de democracia a fórmula elaborada por Lincoln, para quem a democracia é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”<sup>1</sup>. Isso porque o povo, com o perdão da redundância, é o fio condutor do sistema democrático, e em prol dele se erguem ou se devem erguer as instituições.

Norberto Bobbio, na introdução ao seu “A Era dos Direitos”, fala da historicidade dos direitos humanos e da estreita relação entre a proteção desses direitos, a democracia e a paz, tratando-se, para ele, de momentos componentes de um mesmo movimento histórico. Confira-se:

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 281

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da ‘paz perpétua’, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos<sup>2</sup>.

Nesse contexto, Estado Democrático, explica José Afonso da Silva, não se reduz à formação de instituições representativas capazes de captar a vontade popular. Tais instituições constituem apenas um estágio evolutivo, que deve ter como verdadeiro objetivo a garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>3</sup>. Nas palavras do autor, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza “há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu exercício”<sup>4</sup>. E a isso também se refere Humberto Theodoro Júnior, quando atesta que a evolução do Estado de Direito rumo para o constitucionalismo social, com inevitáveis incursões na ordem econômica e na ordem social, com a compreensão de que a igualdade social, sempre proclamada como uma das bases do sistema democrático, se realiza através da promoção da igualdade de oportunidades e de garantias de um nível mínimo de existência a todos os membros da comunidade política<sup>5</sup>.

Enrique Álvarez Conde leciona que a figura do “Estado de Direito” tem sua origem no próprio Estado Liberal, mas nele não se esgota, “já que as formulações do Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos”<sup>6</sup>. Nesse sentido, o mesmo autor fala da existência de uma “fungibilidade ideológica” do Estado de Direito, que comporta inúmeras adjetivações - liberal, social, democrático -, dependentes dessas adjetivações do contexto histórico-

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 01

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 121

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 123-124

<sup>5</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo legal: Antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006, p. 43

<sup>6</sup> “ya que las formulaciones del Estado de Derecho tienen la posibilidad de ser utilizadas con relación a diferentes contextos socioeconómicos e ideológicos”. CONDE, Enrique Álvares. **Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades**. 6. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2009, v. 1, p. 91.

doutrinário em que a análise é realizada<sup>7</sup>. Mais à frente, nessa mesma obra, o autor faz referência ao “Estado Social e Democrático de Direito”, previsto na Constituição espanhola, partindo de uma visão dialética e histórica dessa figura estatal, que progressivamente altera os seus traços essenciais, buscando correção e superação das contradições do Estado Liberal Burguês<sup>8</sup>, até atingir o Estado Democrático de Direito, que leva em conta “um processo de maior aprofundamento democrático, que deve tratar de conseguir a igualdade real de todos os cidadãos”<sup>9</sup> - tarefa esta, dizemos nós, da qual não foi capaz de dar conta o Estado Social ou do Bem Estar Social.

Aliás, neste ponto, cabe um destaque ou um esclarecimento. Não se confundem Estado Social de Direito (ou continente de cláusula de sociabilidade), com o Estado Democrático de Direito. Ainda que se tenha presente a importância dessa evolução, do Estado Liberal para o Estado Social, como mecanismo de “correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais”<sup>10</sup>, o fato é que essa concepção não foi suficiente à implementação da almejada “justiça social”.

Elías Díaz, citado por José Afonso da Silva, fala da “suspeita” que recai sobre o Estado Social de Direito, que pode estar a serviço do grande capital, e, nesse desiderato, encobrindo uma nova forma de ditadura<sup>11</sup>. Paulo Bonavides destaca que o Estado Social de Direito pode servir a regimes políticos antagônicos e, por vezes, despóticos, como a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista<sup>12</sup>. Nesse contexto, pontifica José Afonso da Silva:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que

<sup>7</sup> CONDE, op. cit., p. 91

<sup>8</sup> “Se parte, por tanto, de la aceptación de la entidad dialéctica, histórica, de la institución estatal, progresivamente alterada en sus rasgos esenciales en virtud de un proceso que iría del Estado policía al Estado de Derecho, para, tras el período de las revoluciones burguesas y el inicio del constitucionalismo moderno de una serie de autocorrecciones del Estado liberal burgués, que finalmente, con el desarrollo del Estado social del bienestar, tenderá a corregir la contradicciones económicas de su modelo anterior, intentando incluso la superación del neocapitalismo.” Ibidem, p. 108.

<sup>9</sup> “[...] un proceso de mayor profundización democrática, que debe tratar de conseguir la igualdad real de todos los ciudadanos.” Ibidem, op. cit., p. 111.

<sup>10</sup> DIAZ, Elías, apud SILVA, Curso, p. 119

<sup>11</sup> DIAZ, apud SILVA, Curso, p. 120

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 184

instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos de *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*<sup>13</sup>. (grifos do autor)

José Joaquim Gomes Canotilho fala da complexidade a qual envolve o princípio democrático, que a um só tempo é representação e participação, no sentido de o Estado Democrático de Direito não se satisfazer com o fato de o povo se fazer representar nos organismos estatais, por procedimentos idôneos de escolha, sendo necessário também que o próprio povo participe dos processos decisórios<sup>14</sup>. E nisso reside a exata simetria entre Estado Democrático de Direito e proteção dos direitos fundamentais: a autodeterminação do povo, absolutamente necessária à sua proficiente participação na formação e aprimoramento das instituições estatais, exige a proteção ampla e genérica de seus direitos fundamentais. No mesmo sentido, é a lição de Mauro Cappelletti, quando assevera que “a história prova, efetivamente, que somente em sistemas democráticos de governo os direitos sociais têm maior probabilidade de ser respeitados.”<sup>15</sup>

E é essa a linha de raciocínio de Canotilho, traçando uma perfeita concatenação entre a proteção dos direitos fundamentais e a própria concretização da democracia - uma dialética dinâmica, como por ele referido, entre democracia e direitos fundamentais. Confira-se:

Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação e associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos. Foi esta compreensão que inspirou logo o art. 2º da CRP ao referir-se a Estado democrático baseado na *soberania popular* e na *garantia dos direitos fundamentais* (cfr. Art. 2º)<sup>16</sup>. (grifo do autor)

E não há dúvidas de que as lições de Canotilho servem perfeitamente ao Estado brasileiro. Afinal, a Constituição da República Federativa do Brasil é explícita ao consagrar, como seu princípio fundamental, o “Estado Democrático de Direito” e ao

<sup>13</sup> SILVA, Curso, p. 122

<sup>14</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 282

<sup>15</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 94

<sup>16</sup> Ibidem, p. 284-285

eleger como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico<sup>17</sup>.

Pietro de Jesús Lora Alarcón, falando sobre a “cidadania” como fundamento do Estado Democrático, afirma que o *status* de cidadania “traduz a condição do indivíduo vinculado juridicamente à vida do Estado e participante da direção da sociedade política<sup>18</sup>”. José Afonso da Silva, comentando a Constituição brasileira e a comparando com a Constituição portuguesa, atesta estar presente nos dois ordenamentos jurídicos a mesma ideia-força, no sentido de o Estado irradiar os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, sobre todos os seus quadrantes. Segundo o autor, “o Estado, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo<sup>19</sup>”.

Em linha de conclusão, portanto, é dizer que o Estado Democrático de Direito é mais do que o Estado de Direito Liberal, pautado em neutralismo e abstencionismo incompatíveis com a realidade circundante<sup>20</sup>; assim como também não se confunde com o Estado de Direito Social, que, apesar de pretender promover o “estado do bem-estar social” (“Welfare State”), dá margem ao afloramento de governos despóticos, insensíveis às aspirações populares<sup>21</sup>.

Na visão de Inocêncio Mártires Coelho, o Estado Democrático de Direito deve ser tido como o “aprimoramento” desses dois estágios. Inspirou-se no Estado Liberal e também no Estado Social, mas os superou, porque os incorporou, dialeticamente, na compreensão de que democrático deve ser “aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”<sup>22</sup>.

E nisso se confirma a posição de Paulo Bonavides, no sentido de a “democracia do Estado social” se aflorar como “o mais fundamental dos direitos da nova

<sup>17</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>18</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 135

<sup>19</sup> SILVA, Curso, p. 123

<sup>20</sup> SILVA, Curso, p. 117

<sup>21</sup> CONDE, op. cit., p. 109. O fascismo assumia o caráter social do Estado como justificativa para os seus lineamentos totalitários.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 171

ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade”. Para o mencionado autor, “tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade”<sup>23</sup>.

Estado Democrático de Direito, assevera Uadi Lammêgo Bulos, “assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas”<sup>24</sup>. Bem por isso, esse Estado Democrático de Direito tem, na igualdade real dos cidadãos, a sua pedra de toque - o que só se consegue pelo respeito aos direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Transportados esses parâmetros para a questão brasileira especificamente considerada, parece possível afirmar que não bastam sistemas sofisticados e quase infalíveis para a escolha de representantes, uma “urna eletrônica” inexpugnável, se ao povo não forem propiciadas condições sociais e econômicas aptas à sua própria emancipação.

## 1.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES (OU FUNÇÕES)

Na esteira do que se disse nas linhas passadas, sobre a estrita correspondência entre o Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, como forma de incorporar o povo nos mecanismos de controle das decisões estatais, e dessa forma propiciar-lhe real participação nos rendimentos da produção, avulta-se em importância o princípio da separação dos poderes ou separação de funções, conforme previsto na atual Constituição Federal<sup>25</sup>.

Isso porque, na compreensão de Gomes Canotilho, como princípio organizatório estrutural, o princípio da separação dos poderes é uma das “grandes constantes” do Estado Constitucional, materializando-se mesmo na própria “ratio essendi” da Constituição<sup>26</sup>. E a isso também se refere Nuno Piçarra, quando assevera que, considerada a sua dimensão orgânico-funcional, “o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, tratando-se este, seguramente, o seu

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 160-161

<sup>24</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 507

<sup>25</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>26</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 513

núcleo imutável<sup>27</sup>.

É certo que desse princípio da separação dos poderes, ao longo dos séculos, foi possível extraírem-se concepções que não se assemelham ao que hoje se concebe como sendo de sua essencialidade. Aristóteles percebia a existência de uma sociedade plural, composta de várias partes, diferentes entre si, que por isso mesmo demandava um sistema de modulação de poderes, distribuídos não em função da organização governamental ou estrutural, mas sim no interesse de cada segmento da sociedade, e como forma de equalizá-la<sup>28</sup>. Era não só a “constituição mista” de que falam os doutrinadores<sup>29</sup>, mas especialmente a “constituição média” vislumbrada pelo próprio Aristóteles, na compreensão de que a sociedade deveria ser nivelada, social e economicamente, pelo “meio”<sup>30</sup>.

A ideia de Aristóteles foi retomada e revigorada por Políbio, e também por Cícero, com a diferença de que para estes, a distribuição dos poderes não deveria redundar na equalização econômico-social dos diversos segmentos da sociedade, na busca de igualdade, mas exatamente no reconhecimento de suas efetivas diferenças, como forma de equilíbrio entre elas. Confira-se, a respeito, Nuno Piçarra:

Em síntese, enquanto o modelo aristotélico da constituição mista é ‘interno’ – todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, ‘misturando-se’ em todos eles -, o modelo polibiano é ‘separador’ – cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe está destinado<sup>31</sup>.

E essa concepção “polibiana” da constituição mista, esse reconhecimento da distinção de classes sociais e essa compreensão de que assim deveriam permanecer, separadas e distintas, alçou grandes voos, a ponto de se tornar a “teorização clássica” da constituição na sociedade estamental, desde a baixa Idade Média e em toda a Idade Moderna. Tratava-se de contemporizar, num mesmo espaço constitucional, “potências” que provinham de diferentes quadrantes da sociedade - da realeza, da nobreza, da

---

<sup>27</sup> PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 26

<sup>28</sup> “É claro, pois, que deve haver várias formas de governo, diferentes umas as outras, visto que as partes de que se compõe a sociedade diferem entre si. O governo é a ordem estabelecida na distribuição das magistraturas. Estas são distribuídas por todos os cidadãos, sob a influência daqueles que nelas tomam parte, ou segundo um princípio de igualdade comum, quero dizer, aos pobres e aos ricos, com direitos iguais. É necessário, pois, que haja tantos governos quantos são as combinações de superioridade ou de inferioridade entre as partes do Estado”. ARISTÓTELES. **A Política**: Série Filosofar. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 164.

<sup>29</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 31

<sup>30</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 34-35

<sup>31</sup> Ibidem, p. 40

representação popular<sup>32</sup>. Enrique Álvarez Conde fala do “sistema poliárquico” característico desse período, no qual se confluem uma “multiplicidade de centros de poder”<sup>33</sup>. Jorge Miranda fala da aceitação, nesse período, “do papel político das corporações, das ordens, das classes, dos senhorios locais”<sup>34</sup>.

Mas para este trabalho, e para os fins almejados neste tópico, não é este o sentido de separação de poderes que se quer abordar. Além dessa separação de poderes de fundo político-social, cuja base é a própria distinção das diversas partes constitutivas da sociedade, há que se ter em conta a separação de poderes “orgânico-funcional”, como mencionado ao início deste tópico, cujo objetivo é viabilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

Trata-se, por esse aspecto, de um princípio organizatório fundamental, cuja ideia-base é evitar um “superpoder” e as consequências nefastas que poderiam advir da concentração, nas mãos de um ou de poucos, de poderes ou funções dotados de soberania estatal<sup>35</sup>. Aliás, essa já era a base das proposições de Montesquieu, que temia pela tirania e pelo abuso daquele que pudesse concentrar, autônomo e incontrolável, funções estatais que deveriam ser exercidas por órgãos de soberania distintos. Confira-se:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor<sup>36</sup>.

Destaque-se que antes de Montesquieu, John Locke já se havia ocupado de tema parecido, e ostentado preocupações parecidas<sup>37</sup>. E depois de Montesquieu o fez Rousseau, distinguindo o poder legislativo do poder executivo, através da antropomorfia, associando o legislativo à “vontade” e o executivo à “força”, e desaconselhando que essas

---

<sup>32</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 43

<sup>33</sup> CONDE, op. cit., p. 24

<sup>34</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. III, p. 375

<sup>35</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 514

<sup>36</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**: Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 166

<sup>37</sup> “Seria provocar uma tentação demasiado forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição, confiar aos que já têm o poder de fazer leis o poder de as executar. Ficariam, então, em condições de se dispensarem de obedecer às leis que fazem e em condições de redigi-las e de aplicá-las em função dos seus interesses”. LOCKE, citado por PIÇARRA, op. cit., p. 71

duas funções (ou poderes) fossem exercidas por um só órgão<sup>38</sup>.

É certo, por outro lado, que mesmo quando o princípio da separação dos poderes assumiu esses contornos “orgânico-funcionais”, ou seja, mesmo quando a sua ideia-força era delimitar os poderes ou as funções estatais, propiciando limites e controles recíprocos, afluía-se a supremacia do poder legislativo.

Montesquieu, por exemplo, a despeito de conceber a existência dos três poderes clássicos – executivo, legislativo e judicial -, considera este último como um “poder nulo”, ao mesmo tempo em que confere ao legislativo a função “moderadora” em relação aos demais poderes<sup>39</sup>. Aliás, para Montesquieu “os juizes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”<sup>40</sup>. Locke, por sua vez, é explícito ao reconhecer a supremacia da lei e da função legislativa, de consequência a conformação da função executiva aos limites traçados pela lei<sup>41</sup>. Rousseau, com seus conceitos de “vontade geral” e “vontade de todos”, reconhece a supremacia do legislador, que, “sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no Estado”<sup>42</sup>.

A despeito disso, não há dúvidas de que esse princípio evoluiu, de forma a abarcar a própria evolução dos povos. Em verdade, se nos seus primórdios o princípio da separação dos poderes, mesmo no seu flanco orgânico-funcional, tinha a clara intenção de valorizar a função legislativa e a lei formal, especialmente pela influência burguesa, nos dias atuais, é inafastável, ou quase isso, o reconhecimento da equivalência entre os poderes estatais (ou entre as funções em que se divide o poder estatal), que devem ser harmônicos, mas não subordinados ou subservientes, tudo a empreender proteção aos direitos fundamentais.

Mauro Cappelletti fala da existência de uma espécie de gigantismo disforme, que produziu um “legislador mastodonte” e um administrador “leviatanesco”, do que revelada a necessidade de um “terceiro gigante” - o poder judiciário -, capaz de controlar os dois primeiros<sup>43</sup>. Trata-se, como diz o mesmo autor, de estabelecer condições para a própria sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas, o que se havia frustrado pela visão da completa e hermética distinção entre os poderes estatais, e o que só

<sup>38</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: Os Pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, v.1, p. 135, 149

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 169-170

<sup>40</sup> Ibidem, p. 172

<sup>41</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 74-75

<sup>42</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 110

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Juizes Legisladores?, p. 47.

se poderá obter pelo equilíbrio entre esses poderes<sup>44</sup>.

É disso que fala a própria Constituição brasileira, ao estabelecer, no seu artigo 2º, a independência e a harmonia entre os poderes ou funções em que se subdivide o poder soberano. José Afonso da Silva comenta esse dispositivo constitucional, para dizer de uma nova visão que se aflora a respeito do princípio da separação de poderes, que não pode comportar uma separação absoluta entre esses poderes ou essas funções estatais, mas também não deve instrumentalizar nenhum tipo de subordinação entre eles. O que se deve ter, segundo o autor, é “independência orgânica e harmonia de poderes”<sup>45</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho destaca a feição “histórica” que esse princípio deve ostentar, para dizer que a separação de poderes não tem contornos rígidos e não se mostra como um “dogma de valor intemporal”, devendo ser analisado sob a perspectiva de uma ordem constitucional concreta<sup>46</sup>.

Jorge Miranda descreve a evolução do princípio da separação dos poderes em simetria com o próprio constitucionalismo, com destaque para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que expressamente o consagrou, e cuja implementação se deu, em diversos Estados, com intensidade e rigidez variáveis<sup>47</sup>.

E nessa mesma linha de pensamento Paulo Bonavides fala do “rejuvenescimento” do princípio da separação dos poderes, por obra dos intérpretes e aplicadores de um direito constitucional de liberdade<sup>48</sup>, depois de ter atestado, enfaticamente, que onde houver Estado de Direito haverá também e necessariamente, “como um dos eixos da ordem constitucional”, o princípio da separação dos poderes<sup>49</sup>.

Com efeito, e como se viu até aqui, é fora de dúvida que o princípio da separação dos poderes, em especial modo nas suas versões modernas, que propugnam pela independência harmônica entre os poderes ou funções estatais, tem o claro objetivo de proteger e mesmo fomentar direitos fundamentais, dessa forma também protegendo e fomentando o próprio Estado Democrático de Direito.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como dito antes, já estatua, no seu artigo XVI, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, o que menos não quer dizer, senão que ali já estão estabelecidas as condições *sine qua non* à

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Juízes Legisladores?, p. 53

<sup>45</sup> SILVA, Curso, p. 113

<sup>46</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 514

<sup>47</sup> MIRANDA, op. cit., p. 383

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 558

<sup>49</sup> Ibidem, p. 557

própria existência do Estado Constitucional<sup>50</sup>.

Pietro de Jesús Lora Alarcón cita Herman Heller, para dizer que “os direitos fundamentais e a separação de poderes se entrelaçam, em uma relação fim-meio”<sup>51</sup>. Jorge Miranda fala da afirmação da autoridade democrática pela observância do princípio da separação dos poderes, do que também depende a defesa dos direitos fundamentais do cidadão<sup>52</sup>. Robert Alexy entende como “fundamentais” aqueles direitos que “vinculam todos os três poderes”, de forma a fazê-los, todos, “justiciáveis”, sob pena de configurar-se infração contra os próprios “direitos do homem”<sup>53</sup>. E por todos parece falar Nuno Piçarra, para quem:

A separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode ‘resistir’ às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual<sup>54</sup>.

Com efeito, se, num primeiro momento, a separação de poderes teve o intuito de distribuir poderes estatais entre os segmentos da sociedade de então, como forma de harmonizá-la; e se, depois disso, esse sistema transformou-se em instrumento de promoção da lei formal e do próprio poder legislativo, em detrimento dos demais poderes estatais, parece pacífico, nos dias atuais, que esse princípio constitucional, ao menos em países de constitucionalismo avançado, sirva ao Estado Democrático de Direito, no mínimo garantindo liberdades públicas e estabelecendo responsabilidades equivalentes aos órgãos de soberania, na promoção e estruturação do próprio Estado<sup>55</sup>.

E é isso o que deve ficar retido deste tópico, para embasar futuras conclusões: o princípio da separação dos poderes, naquilo que interessa para este estudo, consubstancia-se em mecanismo de fomento e proteção de direitos fundamentais, no que fomentado e protegido, também, o próprio Estado Democrático de Direito.

<sup>50</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 185

<sup>51</sup> HELLER, Herman, apud ALARCÓN, op. cit., p. 157

<sup>52</sup> MIRANDA, op. cit., p. 386

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49-50

<sup>54</sup> PIÇARRA, op. cit., p. 191

<sup>55</sup> ALARCÓN (op. cit., p. 157-158) cita CANOTILHO, para destacar que o princípio da separação dos poderes, no estágio atual, conserva duas dimensões perfeitamente discerníveis: uma negativa, relacionada à abstenção do Estado em prol das liberdades públicas, e outra positiva, relacionada à atribuição de responsabilidades equivalentes aos órgãos de soberania estatal, na promoção do Estado.

### 1.3 JURISDIÇÃO E SEUS ESCOPOS

No contexto do que se vem desenvolvendo até aqui, em especial modo em função do que se disse a respeito do Estado Democrático de Direito, da proteção aos direitos fundamentais e do próprio princípio da separação dos poderes, temas estes analisados a partir de uma concepção holística, afigura-se necessário abordar a questão da “jurisdição”, o que também demanda enxergá-la sob esse mesmo prisma da totalidade do sistema.

Com efeito, se é verdade que o Estado Democrático de Direito é aquele que assegura aos seus cidadãos o exercício efetivo dos direitos civis e políticos, para tanto lhes proporcionando também direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a tornar concreta a justiça social; e se também é verdade que, para a materialização desse Estado Democrático de Direito, foi preciso que o Estado evoluísse a ponto de suplantar o Estado Liberal e o Estado Social; e se igualmente é verdade que, para se conformar a essa nova realidade, o próprio princípio da separação dos poderes teve que evoluir e se transformar, não pode haver qualquer dificuldade em compreender que também a “jurisdição”, a qual é um desses poderes ou funções estatais, haverá de ser tida sob esses novos influxos, histórica e dialeticamente considerados.

Como dito antes, com Norberto Bobbio, os próprios direitos fundamentais são históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>56</sup>.

Aliás, as próprias “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais levam em conta, exatamente, essa evolução histórica<sup>57</sup>. Em primeiro lugar aqueles direitos fundamentais de dimensão negativa, reconhecidos em prol das liberdades públicas e como forma de limitação do poder do Estado frente ao indivíduo; em segundo lugar e de modo complementar, aqueles direitos de feição positiva, que obrigam o Estado a prestações sociais, capazes de empreender igualdade material entre os indivíduos; em terceiro lugar

---

<sup>56</sup> BOBBIO, A Era dos Direitos, p. 5

<sup>57</sup> BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 21

os chamados “direitos de solidariedade e fraternidade”, voltados à tutela da coletividade<sup>58</sup>.

Bem pensadas as coisas, existe, de fato, uma estreita correlação entre essa diacronia verificada no reconhecimento e implementação dos direitos fundamentais, em suas várias gerações ou dimensões, e a própria evolução histórica da figura estatal: o Estado Liberal, depois o Estado Social e por fim o Estado Democrático.

E a jurisdição, como função estatal, também se desenvolve e se transforma diante dos fatos concretos e das necessidades sociais; também se influencia pela historicidade própria do direito e se transforma na mesma cadência em que o próprio Estado o faz.

Piero Calamandrei, a respeito deste tema, afirma que “do conceito de jurisdição não se pode dar uma definição absoluta, válida para todos os tempos e para todos os povos”, e que tanto as formas de administração da justiça, como os métodos lógicos de julgamento “têm um valor contingente, que não pode ser determinado senão em relação a um certo momento histórico.”<sup>59</sup>

Pontes de Miranda já dizia que “no processo, como em tudo mais, nós somos o resultado de vinte e cinco séculos ocidentais. Nem podemos ver outra coisa; nem nos podemos furtar ao curso da História”<sup>60</sup>.

Nesse contexto, diante do estágio atual da própria figura estatal, a jurisdição não pode mais ser considerada em termos simplistas, reducionistas, do modo que o fazia o Estado Liberal, como se a essa função estatal coubesse apenas a “aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão”, nas palavras de José Frederico Marques, compreendendo que “o *judicium* do magistrado recai no processo, sobre a pretensão que, formulada por um dos interessados, dá origem ao procedimento”, fazendo com que o poder estatal torne “efetiva a vontade concreta da lei”<sup>61</sup>.

Em verdade, as principais definições a respeito da jurisdição, formuladas no começo do século passado, como a de Chiovenda (também adotada por Frederico Marques, como visto acima), que infere ser a jurisdição “a função do Estado que tem por

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 46-49

<sup>59</sup> “Del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico.” CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v. I, p. 114.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. XVIII-XIX

<sup>61</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. rev. atual. compl. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. I, p. 258

escopo a atuação da vontade concreta da lei”<sup>62</sup>, ou mesmo a tese proposta por Carnelutti, que vê na “justa composição da lide” a sua base<sup>63</sup>, parecem não mais fazer sentido, ou pelo menos não mais fazer o mesmo sentido de antes, porque suplantadas pela realidade, que não mais endeusa a lei e nem vê nela o direito plenamente materializado.

Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, fala do “abandono da visão puramente jurídica do processo civil”, que não pode preocupar-se apenas e tão-somente com a questão técnica do processo, inferindo que as duas teorias antes mencionadas, que fizeram escola na primeira metade do século passado, negligenciaram a questão externa ao processo, o seu aspecto metajurídico, os substratos sociais, políticos e culturais que devem legitimar a própria existência da jurisdição<sup>64</sup>. É de Dinamarco a seguinte constatação:

Em um século de construção científica do processo civil andou a doutrina, de tentativa em tentativa, na busca do verdadeiro objetivo da ordem processual (Zanzucchi), mas durante muito tempo sem se aperceber de que é absolutamente indispensável ampliar as investigações para fora do campo do direito. As especulações foram infecundas e insatisfatórias enquanto se limitaram a conduzir os estudiosos a conclusões falsas ou ao menos pobres, como ao indicar que o escopo do processo civil seria (a) a tutela de direitos, (b) a produção de decisões, (c) a coisa julgada, etc.<sup>65</sup>

Luiz Guilherme Marinoni reconhece a importância histórica dessas teorias acima mencionadas, necessárias a uma abordagem crítica do direito atual, mas não lhes dá outro valor que não este, histórico e didático. Na visão de Marinoni, essas teorias “não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo”, que por sua vez não se pauta mais no princípio da legalidade formal, e sim na legalidade substancial, que tem na Constituição a sua base e no juiz o seu arauto<sup>66</sup>.

Ovídio A. Baptista da Silva também repele as antigas teorias da jurisdição, assim como rejeita a noção de “plenitude do ordenamento jurídico”, na mesma medida em que admite a ideia de que a jurisdição seja uma função complementar à função legislativa<sup>67</sup>. O autor destaca “as modernas correntes de filosofia do direito”, que “procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo,

<sup>62</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 2, p. 8

<sup>63</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 127

<sup>64</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 129

<sup>65</sup> Ibidem, p. 136

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 21-22

<sup>67</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 25

também uma função criadora de direito”<sup>68</sup>.

Aliás, Pontes de Miranda já criticava o que chamava de “arbitrariedade separativa que faz do legislador o único foco da elaboração jurídica, e da justiça atividade de segunda plana, mecânica e incapaz de criação”<sup>69</sup>.

Cássio Scarpinella Bueno destaca a “crise do legalismo” que se faz sentir nos dias atuais, disso aflorando a função criadora atribuída ao juiz, assim como se fazendo imperiosa a análise do direito a partir da Constituição e não mais da lei. Aliás, o autor vai além, para dizer, corajosamente, que nesse contexto de legalismo fraco e constitucionalismo forte, o Código de Processo Civil sequer pode ser chamado de “código” na sua acepção técnica ou mesmo no seu sentido ideológico, tal o grau de transformação do direito nos dias atuais, inclusive no âmbito processual<sup>70</sup>. Aliás, a isso também se refere José Roberto dos Santos Bedaque, quando menciona Antônio César Peluso a respeito da “revolta dos fatos contra os códigos”<sup>71</sup>.

E por todos fala Eduardo Cambi, para quem:

Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de *mero carimbador* das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo.<sup>72</sup> (grifos do autor)

De outra parte, estabelecidas as premissas acima, sobre a transformação do poder jurisdicional, que, evoluindo histórica e dialeticamente, não guarda mais feições de neutralidade e abstenção, muito menos se sintoniza com o “absolutismo da lei”, se apresenta como indispensável estabelecer quais seriam então, diante do Estado Democrático de Direito, os verdadeiros escopos, os verdadeiros objetivos da jurisdição.

Para Dinamarco, no estágio contemporâneo do Direito Processual Civil, à jurisdição cabem três escopos ou objetivos básicos: o escopo social; o escopo político e o escopo jurídico.

Nesse contexto, o escopo social do processo, segundo Dinamarco, se divide em dois: em primeiro lugar, “*pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com*

<sup>68</sup>BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 29

<sup>69</sup>PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. I, p. 78

<sup>70</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 1, p. 95-105

<sup>71</sup> PELUSO, Antônio César, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 12

<sup>72</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194

*justiça*”, o que seria, “em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”; ao depois, e nesse mesmo sentido, também faria parte do escopo social do processo a educação, na compreensão de que “no plano das relações sociais, o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus”<sup>73</sup>.

Como escopos políticos do processo, devem ser indicados, na ótica do autor acima mencionado, a estabilidade das instituições políticas, assim como a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado. Segundo Dinamarco, “generalizar o respeito à lei é propiciar a autoridade do próprio Estado, na mesma medida em que este se enfraquece quando se generalize a transgressão aos preceitos que estabeleceu ao legislar de modo genérico e abstrato”. Além disso, a participação do cidadão nos destinos do Estado é própria da democracia, do Estado Democrático de Direito, cuja efetivação se dá por intermédio do prestígio a remédios processuais de grande alcance popular (ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, habeas corpus, habeas data, etc.), além do estabelecimento de canais de comunicação entre o cidadão e o Poder Judiciário, como o fazem as “ouvidorias de justiça”, com vistas a captar os reclamos do povo em face dos órgãos judiciais<sup>74</sup>.

O escopo jurídico do processo também se faz presente. Ainda que se tenha em conta que a jurisdição - e o processo, por conseguinte -, não devem centrar os seus esforços apenas e tão-somente na aplicação do direito ao caso concreto, e ainda que se considere a existência de outras finalidades a serem atingidas pela jurisdição como poder estatal, não há dúvidas, segundo Dinamarco, que este ainda é um dos objetivos primordiais a serem alcançados – aplicar o direito ao caso concreto. Segundo ele, “o repúdio à confinação teleológica do sistema processual, formulada nos moldes tradicionais que lhe reconheciam somente algum objetivo perante a ordem jurídica, não significa que o processo não tenha responsabilidades nesse setor.” Dessa forma, o que não mais se admite é abordar a jurisdição exclusivamente pelo seu aspecto jurídico, diante de outros objetivos, não menos importantes, não menos nobres, relacionados aos escopos social e político, também afetos ao processo moderno<sup>75</sup>.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o que centraliza os objetivos da jurisdição é

<sup>73</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 132 (grifo do autor)

<sup>74</sup> Ibidem, p. 133-135

<sup>75</sup> Ibidem, p. 136

a própria concretização dos mandamentos constitucionais, em especial modo dos direitos fundamentais, o que não se tem pela ideia simplista de aplicação da lei ao caso concreto, já que a lei não se legitima num parlamento premido por grupos sociais específicos e tendenciosos<sup>76</sup>.

Marinoni entende que, para o atingimento dos objetivos da jurisdição, é necessário volver-se à Constituição, na qual estabelecidos, de modo rígido, direitos fundamentais e princípios jurídicos, imodificáveis pelo legislador infraconstitucional, por isso mesmo dotados de eficácia normativa e, por isso também, passíveis de manejo diretamente pelo próprio juiz.

Nesse contexto, “a lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais”<sup>77</sup>. O autor mencionado destaca ainda a necessidade de “compreensão do caso concreto”, no sentido de o juiz não poder se afastar da realidade em que vive, para poder bem solucioná-lo<sup>78</sup>. Na sua concepção, jurisdição implica conformar a lei ao caso concreto, tendo por pano de fundo a própria Constituição, na qual se encontram os parâmetros primordiais a serem observados. São suas as seguintes palavras:

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflituos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.<sup>79</sup>

Note-se que essa centralidade da Constituição, sustentada por Marinoni, não significa liberar o juiz dos limites da lei, como se esta não existisse, autorizando-o a ditar normas segundo sua consciência, sua vontade, sua ideologia. Para o autor antes mencionado, “em nenhuma dessas situações o juiz cria o direito”. O que faz a jurisdição é zelar “para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais”, de forma a que “os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador”<sup>80</sup>. Dentro dessa ideia, portanto, o juiz não está autorizado a formular decisões que se desconectem do ordenamento jurídico, a despeito de poder modulá-lo

---

<sup>76</sup> “A falta de conhecimento do direito, e até mesmo a tentativa de desprezo de direitos básicos indisponíveis, por parte dos grupos de pressão, gera a cada dia leis mais complexas e obtusas, fruto de ajustes e compromissos entre os poderes sociais em disputa.” MARINONI, op. cit., p. 41.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 44

<sup>78</sup> Ibidem, p. 92

<sup>79</sup> Ibidem, p. 93

<sup>80</sup> Ibidem, p. 102

segundo os parâmetros constitucionais.

Como se vê, e em linha de conclusão para este tópico, a jurisdição não é mais aquela dos tempos de Chiovenda e Carnelutti. O absolutismo da lei foi substituído pela supremacia da Constituição, que, por sua vez, é rígida, ao menos no que se refere aos princípios jurídicos e aos direitos fundamentais, por isso mesmo permeando e alinhavando a aplicação, tanto do direito material, quando do direito processual.

O juiz de hoje deve analisar o caso concreto, considerá-lo em termos realísticos. Mas aplicar a lei ao caso concreto não isenta o julgador de submetê-la (a lei) ao gabarito constitucional, muito menos de avaliar o impacto social de sua decisão. Nas palavras de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”<sup>81</sup>.

O processo não é um fim em si mesmo, e a jurisdição não é uma função desempenhada de modo autômato, em que apenas conte o tecnicismo. Os objetivos da jurisdição se espraiam por todos os quadrantes, bem assim no campo social, no campo político, no campo jurídico.

Ao início deste tópico, fez-se menção ao Estado Democrático de Direito, ao princípio da separação dos poderes e à proteção dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva holística, sistematizada, com o alerta de que a jurisdição, como um dos poderes estatais, seria analisado também sob esse mesmo enfoque.

Chegado ao final dessas argumentações, e considerado o que se expendeu até aqui, é dizer que a jurisdição se traduz no mecanismo pelo qual essas instituições se viabilizam e se interagem. Se o Estado Democrático de Direito tem na igualdade material a sua pedra de toque, como dito antes, o que se concretiza pelo respeito aos direitos fundamentais; e se a separação de poderes, equilibrada e harmônica, fomenta e protege esses direitos fundamentais, é pela jurisdição, como poder estatal forte e respeitado, que tudo isso se concretiza.

O próprio Dinamarco já teve ocasião de dizer que o Estado, em todas as suas atividades, emite decisões. Pode decidir de modo abstrato, quando expede normas; assim como pode decidir “em concreto”, ao tomar decisões políticas, ao agir administrativamente e também quando empreende prestação jurisdicional<sup>82</sup>. Nesse

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 329

<sup>82</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros,

diapásão, afirma o autor, “a sentença constitui ato de positivação do poder, por conter a formal afirmação, pelo titular deste, de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito”<sup>83</sup>.

Robert Alexy faz menção ao direito “a organização e procedimento”, como forma de materialização dos próprios direitos fundamentais, inferindo que “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”<sup>84</sup>. E explica que um dos “tipos” de “direitos a organização e procedimento” refere-se aos procedimentos judiciais, que seriam aqueles essenciais a uma “proteção jurídica efetiva”, inferindo que “é condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos”<sup>85</sup>.

Com efeito, seja na forma de “tutela de pessoas”, como diz Dinamarco<sup>86</sup>, seja na forma de tutela de “posições jurídicas” como prefere Marinoni<sup>87</sup>, o fato é que o processo (e a jurisdição, por conseguinte) deve, realmente, na síntese feliz de Chiovenda, “dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”<sup>88</sup>.

Ainda que se tenha em conta que essa frase, assim como todo o desenvolvimento da doutrina chiovendiana, tenha se afluído em momento histórico-social diverso do que se vivencia nos tempos atuais, ainda que, naqueles tempos, a lei ocupasse lugar de maior proeminência do que a própria Constituição, o que não mais ocorre no tempo presente, não há dúvidas de que ainda hoje as suas palavras devem reverberar, agora renovadas e oxigenadas pelos novos ares democráticos<sup>89</sup>.

De fato, “receber tutela jurisdicional”, como diz Dinamarco, deve significar “obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da

2009, p. 104

<sup>83</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 107

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 473

<sup>85</sup> Ibidem, p. 488

<sup>86</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 108-109

<sup>87</sup> MARINONI, op. cit., p. 136-137

<sup>88</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 1, p. 67

<sup>89</sup> “No contexto em que foi formulada, essa sábia advertência era portadora das acanhadas limitações inerentes às atitudes introspectivas do sistema, sem aberturas para as determinantes evidenciadas pela clara visão teleológica que hoje se tem. Ela está inserida em um conceito muito individualista e de marcado positivismo jurídico, em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político; mas relida fora do contexto, por certo conduzirá a termos idênticos àqueles propostos.” DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 320.

jurisdição”<sup>90</sup>.

Os próximos tópicos terão por objetivo demonstrar de que forma essa tutela jurisdicional deve ser empreendida pelo Estado e quais as dificuldades para a sua obtenção.

#### 1.4 ACESSO À JUSTIÇA

Este trabalho tem procurado destacar, na abordagem que fez até aqui, sobre o Estado Democrático de Direito, sobre o princípio da separação dos poderes e sobre os escopos da jurisdição, a evolução histórico-dialética desses institutos, sempre conduzida pela necessidade de reconhecimento e proteção dos próprios direitos fundamentais.

Como já se disse em linhas passadas, com Enrique Álvarez Conde (item 1.1), há uma “fungibilidade ideológica” da figura do Estado de Direito, que já foi “liberal”, já foi “social” e agora é “democrático” – o que acompanha a própria diacronia das diversas “gerações” ou “dimensões” em que se dividem os direitos fundamentais.

E é nesse mesmo plano que a questão do “acesso à Justiça” haverá de ser analisada. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, nos séculos XVIII e XIX, o acesso à Justiça era meramente formal, porque o Estado Liberal, inspirado no direito natural, não se preocupava, por exemplo, com a aptidão das pessoas para reconhecerem seus direitos, menos ainda para defendê-los.

O acesso à Justiça, nesses tempos, era meramente formal, porque a igualdade entre as pessoas também era apenas formal. Proporcionar plena utilização da justiça e de suas instituições não era uma preocupação do Estado do “laissez-faire”; quem tivesse condições de arcar com seus custos, poderia obter justiça, quem não as reunisse, deveria contar apenas com a sua própria sorte<sup>91</sup>.

Bem por isso, “os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”<sup>92</sup> - o que somente se alterou com a própria complexificação da sociedade, que, a partir de certo momento, exigiu que direitos apenas formalmente proclamados passassem a ser efetivados.

<sup>90</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 107

<sup>91</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9

<sup>92</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 10

E por isso mesmo afirmam, Cappelletti e Garth, que o direito ao acesso efetivo à justiça só passou a ter a devida atenção por parte do Estado, na medida em que as reformas do “Welfare State” procuraram armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, de locatários, de empregados, ou até mesmo na condição de cidadãos - direitos estes que somente fariam sentido se dotados os seus titulares de mecanismos capazes de proporcionar a sua efetiva reivindicação<sup>93</sup>.

E é nesse sentido que esses mesmos autores atestam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”<sup>94</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, comentando o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira<sup>95</sup>, infere que ali está inserida a garantia constitucional de tutela judicial efetiva, que não se resume à proteção contra ofensas diretas, mas também às ameaças a direitos, e que essa garantia constitucional não se erige apenas em face do Estado, como potencial ofensor, mas também no referente a ofensas originadas de conflitos privados<sup>96</sup>.

Pietro de Jesús Lora Alarcón refere-se ao “princípio da justicialidade”, atribuindo a ele a configuração de um “princípio-garantia”, pelo qual são levadas ao juiz as lesões ou ameaças de lesões, para que dele sejam obtidas decisões céleres, motivadas, justas e eficazes, e assim realizado o direito, transformada a realidade e conquistada a justiça<sup>97</sup>. Alarcón identifica tal princípio já no preâmbulo da Constituição brasileira e o individualiza no antes mencionado artigo 5º, XXXV daquele Texto<sup>98</sup>.

Para Uadi Lammêgo Bulos, aludido dispositivo constitucional alberga o “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, que se posta como “liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada”<sup>99</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, comentando aludido princípio no ordenamento constitucional português, resume-o como “garantia da via judiciária”, que

<sup>93</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit. p. 11-12

<sup>94</sup> Ibidem, p. 12

<sup>95</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, se distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

<sup>96</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 540

<sup>97</sup> ALARCÓN, op. cit., p. 176

<sup>98</sup> Ibidem, p. 180

<sup>99</sup> BULOS, op. cit., p. 625

pode ser perspectivada como “direito de acesso a uma protecção jurídica individual” ou como “garantia institucional”, disso concluindo que esse direito ou essa garantia pode assumir feições “defensivas ou garantísticas”, no sentido da defesa de direitos através dos tribunais, mas também pode ser concebida em dimensões prestacionais, no sentido da criação de órgãos ou de procedimentos judiciais adequados<sup>100</sup>.

Ronnie Preuss Duarte, escrevendo especificamente sobre a “Garantia de Acesso à Justiça”, e para tanto levando em consideração o direito português, fala da essencialidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), na medida em que dele dependem todos os demais direitos, inclusive os fundamentais, para se tornarem efetivos. São deste autor as seguintes palavras:

Parece-nos extreme de quaisquer dúvidas que o direito de acesso à justiça (onde está compreendido, portanto, o direito de acesso aos tribunais e ao justo processo) não só tem como base jusfundamental a dignidade da pessoa humana, mas que ele é dotado de uma relevância qualificada, à exata medida que assegura a própria realização dos demais direitos fundamentais. Ou seja, sem acesso à justiça, como já dito alhures, é impensável a repressão (ou reparação) coativa das ofensas aos direitos fundamentais. À míngua de tal garantia, os direitos e interesses subjetivos (todos eles, frise-se) quedam carentes de qualquer condição de praticabilidade, tornando-se meras proclamações formais, completamente esvaziadas de conteúdo.<sup>101</sup>

E neste ponto vale destacar o caráter de “garantia institucional” de que se reveste o direito de acesso à justiça, o que, como se verá ainda neste tópico, assume foros de essencialidade no dimensionamento do próprio alcance dessa garantia.

Paulo Bonavides faz clara distinção entre direito e garantia, inclusive censurando aqueles que não se dão a esse trabalho<sup>102</sup>; para dizer, com Jorge Miranda, que “os direitos representam, só por si certos bens”, sendo que “as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens<sup>103</sup>”. E nesse contexto, o autor faz outra importante distinção, entre “garantia constitucional” e “garantia institucional”, inferindo que esta última, a “garantia institucional”, seria a “proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”<sup>104</sup>.

E a garantia de acesso à justiça, ou a garantia de inafastabilidade da

<sup>100</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 463-468

<sup>101</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 86

<sup>102</sup> BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, p. 526

<sup>103</sup> MIRANDA, Jorge, apud BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, p. 528

<sup>104</sup> Ibidem, p. 537

jurisdição, tem exatamente esta magnitude – uma garantia institucional.

Canotilho a ela se refere como “uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito”<sup>105</sup>, o que desafia a construção de uma organização judiciária capaz de cumprir esse papel, de modo eficaz e tempestivo<sup>106</sup>.

E a isso também se refere Ronnie Preuss Duarte, ao inferir que a garantia constitucional de acesso à justiça compreende todos os direitos fundamentais processuais, que, nesse contexto, não seriam, propriamente, direitos novos ou distintos, mas “irradiações ou emanações daquela mesma garantia constitucionalmente prevista, que pode ser atomizada nestas sub-garantias”<sup>107</sup>.

De outra parte, neste ponto do desenvolvimento do trabalho, afigura-se necessário delinear o próprio conteúdo dessa garantia de acesso à justiça. Já se disse em outro tópico deste trabalho (1.3), com Robert Alexy, que existe um direito “a organização e procedimento”, cuja finalidade é fazer materializarem-se os direitos fundamentais, e que o processo judicial, como um desses direitos procedimentais, destina-se à efetiva proteção jurídica daquele elenco de direitos dotados de fundamentalidade. Há mesmo, como sustenta Alexy, “uma conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento”<sup>108</sup>.

Diante disso, a garantia de acesso à justiça não pode ser meramente formal ou superficial. Como leciona Eduardo Cambi, também mencionando Alexy, “de nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse meios e resultados”, se a tutela jurisdicional não tivesse, também ela, contornos de fundamentalidade, de forma a propiciar proteção adequada, célere e efetiva, pelo estabelecimento de técnicas idôneas para garantir o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais<sup>109</sup>.

Ronnie Preuss Duarte fala em “justo processo” e em “processo equitativo”, como indicativos, no direito português, de que a garantia de acesso à justiça faz atrair uma série de outras garantias, adscritas à primeira, e que com ela formam um conjunto de direitos afetos ao acesso à justiça<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 459

<sup>106</sup> “Além da sua natureza de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, a garantia de tutela jurisdicional configura-se também como *garantia institucional*. Isto aponta para exigência e garantia de uma organização judiciária possibilitadora de uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada dos particulares.” (grifos do autor). CANOTILHO, op. cit., p. 470.

<sup>107</sup> DUARTE, op. cit., p. 126

<sup>108</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 470

<sup>109</sup> CAMBI, op. cit., p. 219

<sup>110</sup> DUARTE, op. cit., p. 126

Trata-se do “acesso à ordem jurídica justa” a que aludem os processualistas brasileiros, pela compreensão de que o acesso à justiça não se resume à admissão ao processo, dizendo respeito a um sistema de pacificação social influenciado por princípios constitucionais que devem ser interpretados de modo harmonioso, e que devem levar a uma solução justa e adequada dos conflitos apresentados<sup>111</sup>. Cândido Rangel Dinamarco fala na “promessa síntese” formulada pelo Estado, no sentido de a prestação jurisdicional produzir decisões justas e efetivas a quem delas tenha necessidade<sup>112</sup>.

É dizer, portanto, à guisa de fecho para este tópico e até para a própria organização do pensamento, que a garantia de acesso à justiça, que no direito brasileiro está prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é direito fundamental, mais do que isso, uma “garantia institucional”, inserida dentre aquelas afetas à organização e procedimento, com vistas a fazer materializarem-se, verdadeiramente, os demais direitos fundamentais preconizados na Constituição ou dela extraídos.

A concepção, portanto, é de “ordem jurídica justa”, assim entendida o complexo de direitos processuais, todos extraídos da própria noção de acesso à justiça, capazes de proteger, amplamente, os direitos fundamentais.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero dizem da alteração do próprio foco do direito de ação. Se na primeira metade do século XX produziram-se ricos estudos a respeito do direito de ação, de sua autonomia frente ao direito material e de sua própria “fundamentalização”, hoje, no atual estágio da própria figura do Estado Democrático de Direito, toda a atenção deve voltar-se aos resultados práticos que o exercício desse direito público deve propiciar. Nesse sentido, o direito à tutela jurisdicional é direito à “proteção

---

<sup>111</sup> “A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*. (grifos dos autores).” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 33-34.

<sup>112</sup> “Para satisfatório cumprimento dessas promessas, também na Constituição reside uma série de garantias, que ingressam no sistema como *promessas instrumentais*. Trata-se das garantias do contraditório, da ampla defesa, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc. – todas destinadas a dar efetividade à *promessa síntese*, que é a de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e àquelas outras que lhe estão ao redor (*promessas complementares*). Toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas. Fala-se em devido processo legal (*due process of law*) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize a justiça.” (grifos do autor). DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 112-113.

jurídica efetiva”, que deve compreender o acesso à tutela, propriamente, a adequação dessa tutela ao direito a ser protegido e também a sua efetividade<sup>113</sup>.

O conteúdo desse direito ou dessa garantia não pode ser visto de modo simplista ou reducionista, como mero direito de acesso aos tribunais, sob pena de não cumprir o seu primordial papel de proteção efetiva dos direitos. Não se trata, portanto, de ter uma “postura introspectiva”<sup>114</sup>, de forma a conceber o sistema processual como um objetivo em si mesmo, sem se preocupar com os resultados que dele se espera.

## 1.5 ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA

É inquestionável que qualquer sistema ou qualquer máquina desenvolvida pela inteligência humana, destinada a cumprir determinado objetivo ou a produzir certo resultado, haverá de atender às razoáveis expectativas que nela se depositam, no sentido de este objetivo ou este resultado projetado se aflorar a tempo e modo satisfatórios.

Por outro lado, também é inquestionável que essa proficiência não se detecta do sistema judicial como um todo, e no sistema judicial brasileiro em especial.

Rodolfo de Camargo Mancuso, depois de detectar uma “crise numérica” que assola o sistema judicial brasileiro, reconhece a sua ineficiência, o que se pode medir pelas gigantescas estatísticas exibidas pelos relatórios oficiais, do que é bom exemplo o relatório “Justiça em Números”, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e que indica a tramitação de milhões de processos pelos diversos segmentos do sistema judicial brasileiro, disso afluindo-se a sua inevitável sobrecarga<sup>115</sup>. Aliás, o último “Justiça em Números”, relativo ao ano base de 2012 (apresentado em 2013), acusa a tramitação de cerca de 92,2 milhões de processos, além da inconcebível e constrangedora “taxa de congestionamento” de 70,0% no primeiro grau de jurisdição, e de 46,3% no segundo grau, conforme se pode depreender dos gráficos inseridos naquele documento<sup>116</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque é enfático ao atestar que, “apesar de os

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

<sup>114</sup> DINAMARCO, Instituições, v I, p. 111

<sup>115</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 9

<sup>116</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: relatório Justiça em Números 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2013.

números nem sempre significarem muita coisa, é notória a insuficiência estrutural do Poder Judiciário brasileiro”<sup>117</sup>.

Ovídio A. Baptista da Silva observa a questão por um ângulo mais aberto, dizendo que a crise do sistema judiciário faz parte de uma crise maior, que é a crise da modernidade e seus paradigmas<sup>118</sup>. Para o autor, a crise judicial não é funcional, mas estrutural, porque pautada em dogmas provindos do Iluminismo, que pretendia abordar o direito como se fosse uma ciência matemática<sup>119</sup>.

É verdade que este não é um problema apenas brasileiro. Paulo Duarte Teixeira descreve problemas parecidos em Portugal, onde o número de processos cresce em proporções geométricas<sup>120</sup>. O mesmo autor detecta várias “crises” que se entrelaçam para produzir este estado de coisas; bem assim a crise de administração da justiça, a crise do Estado e a crise do império da lei<sup>121</sup>. Aliás, esse autor descreve alterações substanciais no sistema processual de vários países, com vistas a aplacar essa “situação de ruptura estrutural e continuada”, o que se deu na Inglaterra, na França, no Canadá e mesmo no Japão<sup>122</sup>. Paulo Duarte Teixeira cita Gian Ricci, que reconhece uma “justiça cronicamente doente”<sup>123</sup>.

A partir disso, Boaventura de Sousa Santos detecta a existência, para além das demandas que são apresentadas ao judiciário, e que formam os números acima mencionados, e para além até daquela “demanda reprimida”, passível de ser trazida ao judiciário por novos métodos de solução de conflitos, de uma “procura suprimida”, referente àqueles cidadãos “que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados”<sup>124</sup>.

É dizer: há uma parcela da sociedade que reconhece os seus direitos, sabe da sua violação, mas não se sente capaz sequer de os reivindicar. A gravidade desse estado de coisas fica bem retratada na própria análise feita pelo mencionado autor: “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com

<sup>117</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 22

<sup>118</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 94

<sup>119</sup> Ibidem, p. 99

<sup>120</sup> TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (Coord.). **Regime Processual Civil Experimental**: Simplificação e Gestão Processual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10

<sup>121</sup> Ibidem, p. 9-14

<sup>122</sup> Ibidem, p. 15-16

<sup>123</sup> Ibidem, p. 17

<sup>124</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 31.

isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia”<sup>125</sup>.

Essa dura crítica formulada pelo sociólogo português haverá de ser levada em consideração, não só pela respeitabilidade de quem a formulou, mas também e principalmente porque extraída do seio da sociedade, razão de ser do próprio sistema judicial. Aliás, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, analisando o problema do acesso à Justiça, em obra mencionada anteriormente, dão conta dessa “invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito” por estudiosos de outras áreas, como a sociologia, a antropologia, a economia; e destacam o efeito benéfico dessa “invasão”, afirmando que

Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo ‘acesso à Justiça’<sup>126</sup>.

Bem por isso, considerados os argumentos já expendidos nos tópicos anteriores, a respeito da visão contemporânea que se deve ter acerca da tutela jurisdicional, sob a compreensão de que a jurisdição é “a garantia última dos direitos subjetivos do cidadão”<sup>127</sup>, e diante desses números sombrios e dessas preocupantes constatações, parece mesmo inafastável que o Estado, que proibiu a justiça de mãos próprias e chamou para si o encargo de solucionar conflitos, com vistas à obtenção de paz social, de nenhuma forma tem alcançado seu desiderato. Como assevera José Roberto dos Santos Bedaque, “o instrumento estatal de solução de controvérsias tem sido muito mais fonte de conflitos do que meio pelo qual se obtém a pacificação social”<sup>128</sup>.

O processo, como instrumento ético de solução de conflitos, como atividade desenvolvida perante os tribunais, com vistas à obtenção da tutela jurídica estatal<sup>129</sup>, haverá de cumprir exatamente este seu objetivo, ou seja, solucionar conflitos de modo satisfatório e adequado, tutelar, efetivamente, o direito em periclitção, sob pena de cair em descrédito.

Aliás, o grande problema do sistema judicial é exatamente este – o descrédito perante o comum dos cidadãos, em função do defeito apresentado por essa “máquina estatal”, que como se tem visto não soluciona conflitos a contento, não proporciona acesso à ordem jurídica justa.

---

<sup>125</sup> SANTOS, op. cit., p. 10

<sup>126</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 8-9.

<sup>127</sup> DUARTE, op. cit., p. 15

<sup>128</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 76

<sup>129</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 13.

É disso que fala José Renato Nalini, que, depois de reconhecer que “a Justiça brasileira longe está de viver seus melhores dias”, atribui ao Poder Judiciário a condição de “braço inerte do Estado” - que não tem cofre, não tem a força das armas e não estabelece as regras do jogo -, por isso mesmo colocado em segundo plano, numa “situação ancilar”<sup>130</sup>.

Antoine Garapon, no seu “O Guardador de Promessas”, é enfático ao inferir que “um Estado moderno, um executivo credível – assim como uma economia forte – precisam, hoje, de uma justiça que se faça respeitar”<sup>131</sup>, e esse respeito, dizemos nós, está intimamente ligado à própria efetividade da prestação jurisdicional, expedita e adequada.

Com efeito, não há mesmo como negar a existência de uma barreira entre o cidadão comum, geralmente o mais humilde deles, e o sistema judicial instituído. Os números acima citados emitem claríssimos sinais nessa direção. Aliás, nos dias atuais, avultam-se as críticas ao sistema judiciário, o que se materializa não só nos noticiários especializados, mas até mesmo nos comentários banais do dia-a-dia. Caminhe-se pelas ruas e será difícil, ou mesmo impossível, não se deparar com comentários nada elogiosos em relação ao sistema judicial.

E o grande mal que esse descrédito pode fazer a uma democracia ainda incipiente como a brasileira, decerto que é inquestionável.

Essa barreira ao sistema judicial não é visível e nem se personifica em um vilão específico, mas numa série de obstáculos. Os mesmos Cappelletti e Garth reconhecem o custo do processo como um desses fatores, especialmente naqueles sistemas judiciais nos quais impera o princípio da sucumbência<sup>132</sup>. Além disso, destacam os mesmos autores, esse custo do processo é especialmente penoso no que diz respeito às pequenas causas, nas quais, muitas vezes, o valor discutido é menor do que as despesas geradas com o processo<sup>133</sup>.

As possibilidades das partes, financeiras e organizacionais, também se constituem em importante diferenciador. Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros disponíveis para uma demanda judicial suportam com mais facilidade as delongas do litígio, assim como têm maior capacidade de se defender adequadamente<sup>134</sup>. Além disso, à capacidade financeira muitas vezes se alia o maior cabedal de

---

<sup>130</sup> NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed.. Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 2

<sup>131</sup> GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 30.

<sup>132</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 16-18

<sup>133</sup> Ibidem, p. 19

<sup>134</sup> Ibidem, p. 21

conhecimento, capaz de proporcionar melhores condições de identificar um direito e de defendê-lo em juízo<sup>135</sup>.

Cappelletti e Garth também fazem menção ao especial problema dos direitos difusos ou transindividuais, cuja titularidade nem sempre pode ser atribuída a um indivíduo em específico, e cuja defesa em juízo nem sempre se mostra compensadora para uma pessoa, isoladamente considerada<sup>136</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso fala de uma questão “multiplexa” que permeia o problema do acesso à justiça, que abrange a crise jurídica, mas nela não se esgota<sup>137</sup>. Para o referido autor, há aspectos outros a serem abordados, afora aqueles já convencionais. Nesse contexto, questões como a “cultura demandista ou judiciarista” devem ser levadas em consideração<sup>138</sup>, assim como o que chama de “nomocracia”, ou de “fúria legislativa” – que se evidencia pela “tendência a ‘resolver’ problemas com (mais) normas”, trazendo mais distorção do que solução<sup>139</sup>. O mesmo autor também vê, como elemento a abalar as estruturas da garantia de acesso à justiça, a “crise de efetividade prática dos comandos judiciais condenatórios ou prestacionais”, cuja execução em muitos casos não se materializa<sup>140</sup>; além de destacar a pouca importância que se dá aos meios ditos “alternativos” de solução de conflitos – bem assim a heterocomposição privada (arbitragem) e a autocomposição (conciliação e mediação)<sup>141</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni estrutura esse questionamento abordando dois pontos básicos: o “custo do processo” e a “demora processual”, destacando a especial malignidade desta última, que prejudica o autor com razão, em benefício do réu sem razão. Além disso, segundo Marinoni, o tempo do processo atinge de forma ainda mais danosa aqueles que têm poucos recursos, muitas vezes obrigados a ceder às imposições da parte contrária, diante das perspectivas sombrias decorrentes da demora processual<sup>142</sup>.

Os já mencionados Cappelletti e Garth também enfatizam a questão do tempo no processo, dizendo do malefício causado pela morosidade processual. Segundo ditos autores, a morosidade processual “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito

<sup>135</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 22-24

<sup>136</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 26-27

<sup>137</sup> MANCUSO, op. cit., p. 44

<sup>138</sup> Ibidem, p. 51

<sup>139</sup> Ibidem, p. 63

<sup>140</sup> Ibidem, p. 103

<sup>141</sup> Ibidem, p. 389

<sup>142</sup> MARINONI, op. cit., p. 187

inferiores àqueles a que teriam direito”<sup>143</sup>.

Dinamarco fala do trinômio “qualidade-tempestividade-efetividade”, como características que necessariamente devem estar afetadas ao sistema processual<sup>144</sup>, além de reconhecer que “o Poder Judiciário brasileiro tem tido sua *legitimidade arranhada* pela crônica demora e custos elevados, entre outros males de difícil superação”<sup>145</sup>. Segundo o mesmo autor, trata-se de decepções que se somam a decepções, gerando um estado de descrença permanente<sup>146</sup>.

José Rogério Cruz e Tucci cita Jehanne Collard, advogado francês que escreveu sobre a “insuportável lentidão” da prestação jurisdicional no seu país, e para tanto relata as agruras daqueles que, ansiosos por verem solucionadas as suas demandas, vêm-nas retardadas por argumentos os mais débeis, produzidos por juízes insensíveis ao drama que se esconde por trás dos processos<sup>147</sup>.

Fredie Didier Júnior fala de um “direito fundamental a um processo sem dilações indevidas”, o que se transformou, no direito constitucional brasileiro, num direito à razoável duração do processo, como previsto no inciso LXXVIII, do artigo 5º, constitucional<sup>148</sup>.

Para o desenvolvimento deste trabalho, o tempo no processo merecerá especial atenção, já que a ideia-força que inspira este texto é demonstrar, como já se disse ao início deste arrazoado (introdução), que a simplificação do processo leva à otimização e à abreviação do procedimento, de consequência, à maior rapidez na solução das demandas.

O ponto a partir do qual se pretende desenvolver este trabalho diz respeito à morosidade como barreira à ordem jurídica justa e como causa do descrédito do sistema judiciário como um todo - o que será analisado a partir dos capítulos que se seguirão, dentre muitos aspectos possíveis, pelo flanco do formalismo exacerbado, capaz de esvair o processo de toda a efetividade que dele se espera.

Com efeito, não há como negar que a forma dos atos processuais, como um “modelo” previamente estabelecido pela lei, como necessária à segurança dos

<sup>143</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 20-21

<sup>144</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 118

<sup>145</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 374 (grifos do autor)

<sup>146</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 166-167

<sup>147</sup> COLLARD, Jehanne, apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 89-95

<sup>148</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: Editora Podvum, 2007. v. 1, p. 39.

jurisdicionados, nunca será descartada, porque na verdade imbricada com outros princípios igualmente caros à ordem jurídica justa, bem assim os princípios do devido processo legal e do contraditório; o que não poderá significar, entretanto, que a sua essencialidade seja levada às últimas consequências, a partir disso privando o próprio processo da efetividade que dele se espera, pelo endeusamento do formalismo.

José Roberto dos Santos Bedaque, a respeito desse tema, considera que a questão da “técnica processual”, pela sua complexidade, pela sua incorreta compreensão e pela sua má aplicação, tem contribuído decisivamente para o insucesso do sistema<sup>149</sup>.

Em linhas passadas, foi enfatizada a configuração da garantia de acesso à justiça como “garantia institucional”, como “promessa síntese”, a partir da qual todos os demais princípios, inclusive os de estatura constitucional, deverão se amoldar. Nas linhas que se seguirão, será a partir dessa mesma perspectiva que se procurará demonstrar que também as formas processuais deverão se amoldar, e, em muitos casos, ceder à força atrativa da garantia de acesso à justiça.

O próximo capítulo será dedicado à técnica processual e à sua adequada utilização, sempre tendo por referência a efetividade da prestação jurisdicional.

---

<sup>149</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 25

## 2 PROCESSO E TÉCNICA

Neste capítulo, cujo tema central é a “técnica processual”, a abordagem terá o seu foco nos conceitos de processo e procedimento, na natureza jurídica da ação e nos princípios informadores do processo. Consideradas as assertivas de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a técnica tende realizar a síntese entre sistema e forma, e deve ser considerada como o conjunto de meios e procedimentos cuja finalidade é garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito<sup>150</sup>.

A questão da técnica processual, dados os objetivos deste trabalho, será analisada sob aqueles aspectos que sejam importantes à compreensão do processo como instrumento destinado à atuação do direito material. A ênfase será em relação ao procedimento, como aspecto material da relação processual, e especialmente na sua capacidade de adaptação ao direito material a ser tutelado.

### 2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

E ao abrir o capítulo que pretende falar da técnica processual, decerto que outro tema não pode se apresentar como prioritário, senão aquele que diz respeito ao processo, à relação jurídica processual. Segundo a lição de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano que influenciou grandemente o processo civil brasileiro:

A atividade com que se desenvolve em concreto a função jurisdicional se chama processo. Dita função não se executa de fato em um só tempo ou com um só ato, mas com uma série coordenada de atos que se desenvolvem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Do que a ideia de um avançar em direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos praticados no exercício da função<sup>151</sup>. (tradução nossa)

Processo, portanto, é “método de trabalho”, pelo qual se presta o serviço jurisdicional, representado pela “soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 170-171

<sup>151</sup> “L’attività con cui svolge in concreto la funzione giurisdizionale si chiama processo. Detta funzione non si compie infatti in un solo tempo o con un solo atto, ma con una serie coordinata di atti che si svolgono nel tempo e che tendono alla formazione di un atto finale. Da ciò l’idea di un *procedere* verso una meta e il nome dato all’insieme di atti posti in essere nell’esercizio della funzione.” (Grifos do autor). LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile: Principi**. A cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 33.

de seus poderes fundamentais”<sup>152</sup>.

Ovídio A. Baptista da Silva também reconhece, no conceito de processo, a ideia de avançar, de caminhar em direção a um fim, destacando que esse mesmo fenômeno está presente em outros quadrantes da vida, como na biologia e na química. Para o direito, explica o autor, “o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal”<sup>153</sup>.

Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Piero Calamandrei, ao dizer que “a palavra ‘processo’ tem, também fora do campo jurídico, um significado comum que, derivado do verbo ‘proceder’, indica em geral a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade de fim: se fala de processo cirúrgico, de processo químico, e assim sucessivamente”<sup>154</sup>.

Por outro lado, de par com esse conceito de “processo”, que constitui um conjunto de atos que se desenvolvem de modo sucessivo e ordenado, com vistas à obtenção de um fim, é preciso também reter, porque importante, a noção de “procedimento”. Este, o “procedimento”, diz Pontes de Miranda, é exatamente “a forma do processo, o seu rito, a sua estruturação exterior”<sup>155</sup>.

Calamandrei, nesse contexto, destaca que as normas jurídicas que regulam as formas processuais disciplinam não só a estrutura exterior dos atos processuais, isoladamente considerados, mas também a ordem e a relação de tempo e de lugar em que são praticados<sup>156</sup>. Niklas Luhmann fala da importância do sistema como “reductor da complexidade do mundo”, de modo a concentrar num determinado âmbito de discussão apenas aquilo que de importante ou relevante se apresenta para aquela finalidade<sup>157</sup>, o que bem pode sintetizar a ideia do procedimento judicial.

Com efeito, se processo é relação jurídica, formada pelos sujeitos envolvidos, que ali praticam atos jurídicos concatenados para a obtenção de um fim,

<sup>152</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 304

<sup>153</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 13

<sup>154</sup> “La palabra ‘proceso’ tiene, también fuera del campo jurídico, un significado común que, derivado del verbo ‘proceder’, indica en general la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad del fin: se habla de proceso quirúrgico, de proceso químico, y así sucesivamente.” (Tradução nossa) CALAMANDREI, Instituciones, p. 317.

<sup>155</sup> PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. I, p. XXIII

<sup>156</sup> “Las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte.” CALAMANDREI, Instituciones, p. 324.

<sup>157</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 39

procedimento é a forma com que esses atos são praticados e essa relação jurídica é desenvolvida. É disso que fala Humberto Theodoro Júnior, quando explica que processo é o método de compor a lide em juízo, enquanto “procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto”<sup>158</sup>. No mesmo sentido, manifesta-se José Frederico Marques, citando Alcalá-Zamora<sup>159</sup>.

Aliás, por muito tempo, o “procedimento” foi tratado com certo desdém pela doutrina e pela jurisprudência, que focavam suas atenções na “relação jurídica processual”, enclausurando-a numa espécie de redoma tecnicista, e assim a desconectando da relação de direito material a respeito da qual deveria prover.

Cândido Rangel Dinamarco bem descreve o cenário dos séculos XIX e XX, quando imperava a fase cientificista do processo e na qual o procedimento sequer era considerado como componente da relação processual. Confira-se:

Ganha corpo em tempos presentes uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera seqüência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença; daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do *processo como relação jurídica* e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo<sup>160</sup>. (grifos do autor)

José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, cada um à sua maneira, criticam a própria figura da “relação jurídica processual”, ao que parece lhe atribuindo responsabilidade por esse isolacionismo de que padece o processo, que não se conecta com a relação de direito material e com a própria realidade da vida – daí a sua inefetividade.

Marinoni assevera que a supervalorização do conceito de “relação jurídica processual” faz ignorarem-se as necessidades das partes envolvidas no processo, assim como as próprias especificidades do direito material controvertido<sup>161</sup>. A neutralidade advinda do conceito de relação jurídica processual, entende Marinoni, retira tanto do legislador, quanto do julgador a responsabilidade sobre a própria idoneidade da

<sup>158</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 48. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, v. I, p. 52

<sup>159</sup> “Não se confunde *processo* com *procedimento*. Este é a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo. Já o processo tem um significado diverso, porquanto consubstancia uma relação de direito “que se estabelece entre seus sujeitos durante a substanciação do litígio”. (grifos do autor) MARQUES, op. cit., v. I, p. 6.

<sup>160</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 149

<sup>161</sup> MARINONI, op. cit., p. 396

participação das partes no processo, porque lhes é autorizado, ao legislador e ao julgador, ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade<sup>162</sup>.

Bedaque infere que a ideia de processo como relação jurídica acaba servindo ao formalismo exacerbado, daí a sua intenção de tratar o processo como “simples procedimento” e como “método estatal de solução de controvérsias”<sup>163</sup>.

Alvaro de Oliveira, inspirado em Elio Fazzalari, destaca a inconciliabilidade da ideia de relação jurídica processual com o fator temporal e com a própria dinamicidade afeta ao processo, preferindo tratar da questão sob o flanco do “procedimento”, este “concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”<sup>164</sup>.

Em que pesem as judiciosas ponderações expendidas por esses autores, não parece possível ignorar a natureza das coisas. Processo é sim relação jurídica e não há como desconsiderar esse fato. Miguel Reale, discorrendo a respeito do que se deve entender como “relação jurídica”, erige quatro elementos capazes de identificá-la: um sujeito ativo, titular ou beneficiário principal da relação; um sujeito passivo, devedor da prestação principal; um vínculo de atributividade entre esses sujeitos; além de um objeto, razão de ser desse próprio vínculo<sup>165</sup>. E no processo são perfeitamente identificáveis todos esses elementos<sup>166</sup>.

Francesco Carnelutti já dizia que entre aqueles que atuam no processo, partes, juiz, oficiais de justiça, testemunhas, há obrigações a serem satisfeitas e há um vínculo a ser observado. Não fosse assim, não houvesse um conteúdo jurídico a permear esse relacionamento, juízes não estariam obrigados a sentenciar, testemunhas não seriam

---

<sup>162</sup> “Por outro lado, a mesma neutralidade do conceito de relação jurídica processual ou o seu desligamento da vida concreta, caracterizando uma espécie de dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes, retira do legislador – na instituição das normas processuais – e do juiz – quando da sua aplicação – qualquer responsabilidade em relação à idoneidade da participação das partes perante o Estado – juiz, obrigando-os, na verdade, a ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade”. MARINONI, op. cit., p. 398.

<sup>163</sup> “A concepção de *processo* como relação jurídica acaba servindo como justificativa para o formalismo. Tratemo-lo como simples procedimento, previsto em lei, para possibilitar a solução da crise de direito material pela função jurisdicional do Estado. Por isso tem-se insistido na expressão ‘método estatal de solução de controvérsia’.” BEDAQUE, *Efetividade do Processo*, p. 193.

<sup>164</sup> OLIVEIRA, *Do Formalismo no processo civil*, p. 156-157.

<sup>165</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 217-218

<sup>166</sup> Em sentido contrário também Aroldo Plínio Gonçalves, para quem “no processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 98.

premidas a informar, partes não teriam direito a serem solucionadas as suas contendas<sup>167</sup>.

Tudo isso, aliás, realizado de forma dinâmica e sucessiva, porque o ordenamento jurídico não é avesso a relações jurídicas cuja formação se materialize pela prática sequencial de atos. Existem atos jurídicos que somente se aperfeiçoam, paulatina e sucessivamente, pela confluência de vários outros, cuja prática não se dá de modo concomitante ou instantâneo, e nem por isso perdem a sua juridicidade<sup>168</sup>. Pontes de Miranda, defensor da “relação jurídica processual”, explica que não se deve confundir a relação jurídica com o processo mesmo, já que este “está para ela [a relação jurídica processual] como o decorrer dos meses de aluguel, o uso da casa, as reclamações não sobre o estado dela, de parte a parte, e os avisos necessários ou as notificações voluntárias, para a relação jurídica de locação, que é a relação de direito material”<sup>169</sup>. Dinamarco também infere por existente a relação jurídica processual, inclusive lhe atribuindo a devida importância, embora restrinja a qualificação como “ato processual”, propriamente, àquele praticado pelos “sujeitos processuais”, no que excluídos sujeitos secundários ou auxiliares da justiça<sup>170</sup>.

Em verdade, o que se deve ter em conta, no que se refere ao processo como relação jurídica, é que também ele, o processo, passou e vem passando pelas mesmas transformações experimentadas por outros institutos jurídico-fundamentais<sup>171</sup>. Afinal, da

---

<sup>167</sup> “Si cada uno de aquellos cuya obra es necesaria para el proceso fuese más sensible a la ética que a la economía, superaría tales estímulos y obraría para el bien. Desgraciadamente, no pudiéndose contar con esa hipótesis, no hay otro camino que seguir que el de componer tales conflictos por medio del derecho, constituyendo en favor o a cargo de los singulares agentes poderes y deberes: así, por temor a que el juez no quiera decidir o el testigo no quiera responder, se les impone la respectiva obligación y a la parte se le atribuye el recíproco derecho. Se constituyen de este modo entre ellos relaciones jurídicas cuya pertenencia al proceso se indica llamándolas *relaciones jurídicas procesales*. Tales relaciones pueden equipararse a vínculos constituidos entre los diversos elementos del proceso; con el lenguaje de la anatomía se podría decir que son los nervios del proceso; así como el estudio anatómico no se agota en la observación de los huesos y de los músculos, tampoco el estudio de la estática procesal sería completo si después del conocimiento de los sujetos y de los objetos no se procurase también el de las relaciones procesales.” CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería ‘El Foro’, 1997, v. I, p. 290-291.

<sup>168</sup> “Atos jurídicos existem que somente se aperfeiçoam mediante a verificação de atos outros, intercorrentes, cujos efeitos reciprocamente se integram. O ato jurídico assim, afinal, só começa a produzir os seus efeitos próprios quando todos os atos necessários para a sua constituição houverem sido praticados, o que não obsta possam os atos sucessivos e intercorrentes provocar certas conseqüências jurídicas, ou certas situações jurídicas protegidas por medidas preventivas ou acautelatórias, ou, mesmo, certos e particulares direitos.” RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

<sup>169</sup> PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. III, p. 8

<sup>170</sup> DINAMARCO, Instituições, v. II, p. 482

<sup>171</sup> Relembre-se da evolução histórico-dialética da própria figura estatal, que como já se disse em momento anterior, já foi liberal, já foi social e agora é democrático; recorde-se do que já se disse em linhas passadas, a respeito da historicidade dos direitos fundamentais e de como o princípio da separação dos poderes se amoldou a essa evolução; considere-se a própria diacronia da jurisdição como função estatal, cujos escopos não se limitam mais à questão da aplicação do direito, voltando-se também à pacificação social, à participação política do cidadão, à materialização dos direitos fundamentais.

mesma forma que o Estado de hoje não é o Estado burguês, da mesma forma que o juiz de hoje não é o juiz dos tempos de Montesquieu, também o processo de hoje não se assemelha àquele construído a partir do liberalismo desenfreado<sup>172</sup>.

O próprio Marinoni, aliás, chega a essa conclusão. Depois de atestar que a concepção de processo, como relação jurídica, inspira-se nos valores do Estado liberal<sup>173</sup>, reconhece a historicidade e a própria evolução, tanto da jurisdição, quanto do próprio processo, asseverando que “assim como a jurisdição, a ação e a defesa, o processo obviamente se compromete com os valores do seu momento histórico”<sup>174</sup>.

Disso deve defluir que, em tempos de busca pela efetividade da prestação jurisdicional, inspirada no Estado Democrático de Direito, decerto que o processo continua sendo uma relação jurídica, o que não impede de situá-lo neste novo contexto, marcado pelo instrumentalismo que lhe deve permear e pela valorização do procedimento como seu essencial componente<sup>175</sup>. É dizer: o processo, como relação jurídica, pode não ter mais o brilho de antes, mas continua sendo uma relação jurídica, porque essa é a sua natureza.

Bem por isso, para a própria compreensão do que se pretende sustentar neste trabalho, assume foros de essencialidade bem assimilar a função do “procedimento”, no contexto do sistema processual moderno e da própria relação jurídica processual.

Afinal, se processo é a relação jurídica que se estabelece entre os sujeitos processuais, e procedimento é o modo com que essa relação jurídica se desenvolve e se exterioriza, não parece haver qualquer dúvida de que é no procedimento que se devem procurar soluções à efetividade da tutela jurisdicional, em especial modo quanto ao formalismo que o influencia.

Com efeito, como forma de exteriorização da relação processual, o procedimento deverá ser o mais apto possível à tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão; daí porque deverá amoldar-se, o mais possível, às próprias características da relação de direito material embasadora da demanda.

---

<sup>172</sup> “Acaba-se, afinal, de redescobrir que os *homens concretos* não são iguais; e que toda a tentativa de tratá-los igualmente, na relação processual, pode transformar-se numa injustiça notória. O ‘homem’, que segundo ROUSSEAU teria nascido livre e igual em direitos – com que se alimentaram todas as teorias jurídicas de índole liberal do século XIX – é sem dúvida uma bela fantasia política que a história contemporânea transformou em ideologia conservadora.” (grifos do autor) BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 123.

<sup>173</sup> MARINONI, op. cit., p. 401

<sup>174</sup> Ibidem, p. 402

<sup>175</sup> Andrea Proto Pisani reconhece como característica do processo a de ser um procedimento posto em movimento. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Nuova Ristampa della quinta edizione con appendici di aggiornamento fino al. d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 e due capitoli sostitutivi. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 214)

José Roberto dos Santos Bedaque enfatiza a importância do “princípio da adequação ou adaptação do procedimento” à relação de direito material controvertida, inferindo que “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”<sup>176</sup>.

Em outra obra, o mesmo Bedaque fala da necessária aproximação entre “direito e processo”, para que o procedimento tenha por referência o modo de ser do próprio direito material envolvido, buscando-se “a efetividade do processo, representada pela maior proximidade possível entre aquilo que deveria ocorrer no plano substancial e a eficácia que a tutela jurisdicional deve ostentar”<sup>177</sup>.

Dinamarco também se manifesta no mesmo sentido, dizendo que “a efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios do legislador, da aderência do procedimento à causa”<sup>178</sup>. O mesmo autor também empreende especial ênfase à questão do princípio da adaptabilidade, ao sustentar que “o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio”, não sendo sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais<sup>179</sup>.

Sérgio Gilberto Porto, discorrendo a respeito da melhor adequação à efetividade do “direito material resistido”, ostentada pela teoria quinária do direito de ação (que acrescenta à classificação tradicional as ações mandamental e executiva “lato sensu”), fala em “sinergia jurídica”<sup>180</sup> para definir essa mesma aproximação sustentada por Bedaque e Dinamarco; destacando que “o conteúdo do direito, portanto, está no plano material e a eficácia no plano processual”<sup>181</sup>.

Ainda que não plenamente aceita a teoria quinária, de há muito defendida por Pontes de Miranda<sup>182</sup>, para o que interessa a este estudo é de se reconhecer o esforço dos juristas afinados com essa corrente doutrinária, em aproximar, o mais possível, as feições do direito material pretendido com as características do direito processual a ser empregado.

<sup>176</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 45

<sup>177</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 24

<sup>178</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 344

<sup>179</sup> Ibidem, p. 343

<sup>180</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. Sinergia Jurídica: processo e realização do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 215, p. 43-60, 2013

<sup>181</sup> Ibidem, p. 56

<sup>182</sup> Bedaque, por exemplo, não vê utilidade nessa teoria, e ainda reconhece nela o defeito de se fundar em “critérios heterogêneos” (Efetividade do Processo, p. 529).

De sua parte, Luiz Guilherme Marinoni explica que o processo, como instrumento pelo qual o Estado presta tutela jurisdicional, não pode ser visto de modo simplista. Vários ângulos devem ser focalizados, bem assim a efetiva participação dos sujeitos processuais na formação da decisão, para tanto lhes sendo propiciadas as necessárias condições. Além disso, imprescindível que o procedimento a ser empreendido seja adequado à tutela do direito material envolvido, o que obriga o legislador a instituir procedimentos idôneos, e ao juiz a empreender as adaptações que se fizerem necessárias à sua proficiência. E tudo isso sem desconsiderar, mas ao contrário, valorizando a questão dos direitos fundamentais, no que, afinal, tudo se reduz<sup>183</sup>.

Aliás, para Marinoni, a questão do “procedimento” deve alçar voos muito maiores. Para ele, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impele o legislador a estruturar o procedimento de modo a proporcionar as tutelas prometidas pelo Estado, e também o juiz a, considerando o caso concreto, compreender o procedimento de acordo com as particularidades desse mesmo caso concreto<sup>184</sup>.

Sob esse ângulo, Marinoni destaca a impropriedade de um procedimento ordinário ou único a ser empreendido na resolução de demandas que ontologicamente são diferentes, não só no referente ao objeto, mas às próprias pessoas envolvidas<sup>185</sup>; assim como não atribui qualquer utilidade à previsão legal de procedimentos diferenciados para determinadas classes de demandas, inferindo ser “utópico” pensar que o legislador tenha capacidade de prever procedimentos diferenciados em relação a cada situação fático-jurídica<sup>186</sup>.

Ovídio A. Baptista da Silva também prega a própria superação do procedimento ordinário hoje ainda prestigiado, vislumbrando nele os resquícios do liberalismo do século XIX, pela compreensão de que nesse procedimento o magistrado é destituído de quaisquer poderes para intervir no *objeto litigioso*<sup>187</sup>.

Para Marinoni, já existem normas processuais “abertas”, autorizadas da “construção” do procedimento adequado ao caso concreto. É o que se verifica dos artigos 273 e 461 do CPC, que municiam o juiz com instrumentos capazes de fazer as adaptações necessárias<sup>188</sup>. Segundo mencionado autor, até mesmo sem o concurso dessas normas abertas seria possível essa adaptação do procedimento ao caso concreto, pois a tanto

---

<sup>183</sup> MARINONI, op. cit., p. 399

<sup>184</sup> Ibidem, p. 403

<sup>185</sup> Ibidem, p. 422, 425

<sup>186</sup> Ibidem, p. 426-427

<sup>187</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 120

<sup>188</sup> Ibidem, p. 427

autoriza a própria fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional efetiva. Confira-se:

Aliás, o poder de adequação procedimental do juiz não é restrito às normas processuais abertas, uma vez que a falta de previsão legal de técnica processual idônea à tutela do direito material ou mesmo a fixação de técnica processual inidônea obrigam o juiz a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>189</sup>.

Bedaque indica o mesmo caminho, dizendo da tendência de superação do procedimento ordinário, pela adoção de formas procedimentais específicas para o caso concreto. Confira-se:

Existe, pois, nítida tendência de superação do procedimento ordinário, com a adoção de formas procedimentais específicas e adequadas ao direito litigioso. Também deve ser considerada a possibilidade de o juiz adequar aspectos procedimentais às especificidades da situação concreta, sempre com a observância do prévio contraditório<sup>190</sup>.

Essa questão da adaptabilidade do procedimento às especificidades do caso concreto tem sido enfrentada em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Bruno Vinícius da Rós Bodart, comentando as possíveis inovações que se implementarão no processo civil brasileiro, com o novo Código de Processo Civil em elaboração no Congresso Nacional, destaca que, nos países mais evoluídos, já existem dispositivos específicos a consagrar essa sistemática, em maior ou menor grau, como na Inglaterra, na França, na Alemanha, na Itália e em Portugal<sup>191</sup>, com destaque especial para a questão portuguesa, cuja sistemática processual é parecida com a brasileira, e na qual já existem previsões expressas, não só a respeito da adaptabilidade do procedimento ao caso concreto (art. 265º-A do CPC português, hoje revogado), mas também a respeito da “gestão processual” atribuída ao juiz, prevista no “Regime Processual Civil Experimental”, estabelecido pelo Decreto-Lei 108/2006<sup>192</sup>.

A implementação desse regime especial português tem provocado debates a respeito da sua pertinência, do seu alcance e até mesmo da sua efetividade, como dá conta Paulo Duarte Teixeira<sup>193</sup>, mas essa discussão também tem servido à demonstração de que, na sociedade complexa de hoje, não há mais espaço, de fato, para procedimentos

<sup>189</sup> MARINONI, op. cit., p. 429

<sup>190</sup> BEDAQUE, Direito e Processo, p. 75

<sup>191</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 94-101

<sup>192</sup> Ibidem, p. 100

<sup>193</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 47-51

enrijecidos, imodificáveis, incompatíveis com a própria fluidez da vida. É a isso que se refere Paula Costa e Silva, em artigo publicado no Brasil, comentando o sistema português:

Como já dissemos acima e escrevemos em outro lugar, nenhuma forma vale por si e nenhuma sequência processual é rígida. No fundo, os ritos que encontramos previstos nas legislações processuais são meros indicadores da sequência que deve ser percorrida; são tipos orientadores. Mas cada processo em si concitará a prática de todos os actos, mas exclusivamente a prática dos actos necessários à decisão da concreta causa. O processo, já enquanto tipo legal, é elástico. E a sua elasticidade bem se compreende quando se pensa que a forma/tramitação não é um fim em si mesma; ela está orientada à decisão de uma causa. A finalidade marca o rito e não o inverso<sup>194</sup>.

Do que se disse até aqui, há que se reter a importância do procedimento, não tanto o processo como relação jurídica (embora esta exista, sem dúvida), mas o procedimento como mecanismo capaz de adaptar o instrumento necessário à tutela de um bem jurídico às próprias características desse bem jurídico, e às pessoas envolvidas na demanda - nisso facilitando o acesso à ordem jurídica justa e empreendendo efetividade à prestação jurisdicional.

Como se verá com maior profundidade em momento oportuno, esta possibilidade, explicitamente prevista em ordenamentos jurídicos alienígenas, também está presente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não de modo expreso.

## 2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO

Este tópico não pretende discorrer de modo aprofundado em relação a cada princípio informador do processo. Aliás, trabalho dessa importância e com essa magnitude decerto que não caberia nos estreitos limites aqui traçados, cujo foco não é, propriamente, analisar tais princípios.

Miguel Reale ensina que “princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de carácter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa ou da *praxis*.”<sup>195</sup>

Com efeito, para os objetivos aqui pretendidos, será no contexto da

<sup>194</sup> SILVA, Paula Costa e. **Legalidade das Formas de Processo e Gestão Processual**. Revista de Informação Legislativa, n. 190. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242924>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>195</sup> REALE, Lições, p. 303 (grifos do autor)

operacionalidade e da praticidade que serão trazidos à análise alguns dos princípios informadores do processo, exatamente aqueles que atinam com o tema central deste trabalho, e que, de alguma maneira, influenciam na compreensão e no dimensionamento do problema do acesso à Justiça – este considerado a partir da simplificação processual.

Cândido Rangel Dinamarco já teve ocasião de dizer que os verdadeiros “princípios” são os “pilares” sobre os quais se apoiam os sistemas, e que muitos dos “princípios” informadores do processo não têm essa característica, porque se afloram no próprio interior do sistema processual, como “regras importantes” sim, mas não como princípios fundantes<sup>196</sup>. Para os contornos traçados neste trabalho, essa distinção não será levada em consideração, porque também aqui não se faz necessário esse rigorismo técnico-terminológico. O próprio Dinamarco acaba por admitir que, a despeito de certa atecnia, convém que essas regras internas ao processo continuem sendo tratadas como princípios, pois assim o faz a doutrina majoritária<sup>197</sup>.

E tampouco será necessário, para os propósitos desta pesquisa, descer ao rigorismo terminológico preconizado por Nelson Nery Júnior, que faz distinção entre “princípios informativos” e “princípios fundamentais”, reconhecendo nos primeiros um sentido axiomático, aferível em termos estritamente técnicos; enquanto que nos segundos o enfoque deva ser o da escolha político-ideológica<sup>198</sup>. Para o tema aqui tratado, os princípios informadores do processo serão analisados apenas e tão-somente naquilo que digam respeito à simplificação do processo e em especial modo naquilo em que a sua leitura ou a sua releitura possa contribuir para esse desiderato, sem preocupações com qualquer tipo de distinção técnica ou político-ideológica.

De outra parte, há de se ressaltar que a análise a ser empreendida aqui, sobre princípios processuais capazes de influenciar na simplificação do processo e por consequência na melhora do acesso à ordem jurídica justa, levará em conta a mesma

<sup>196</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 200

<sup>197</sup> “Falar em princípios como *pontos de partida* ou colunas externas de apoio de uma ciência, exclui realmente que se tomem por *princípios do direito processual* essas regras que, sendo internas a ele, não têm responsabilidade de atuar como elementos de sua ligação aos ramos maiores e ao tronco da grande árvore do conhecimento jurídico. Mesmo assim e com toda essa ressalva, podemos continuar falando em *princípios* nesses casos, para evitar inúteis discrepâncias verbais em face da doutrina em geral. Tenha-se sempre presente, contudo, que esses *princípios* não têm todo o caráter de generalidade de que são dotados os de origem político-constitucional, pois referem-se apenas a algum setor do direito e da ciência processuais e não ao processo civil como um todo (p. ex., o *princípio* do livre convencimento tem pertinência exclusivamente à disciplina da prova; o da oralidade, à forma dos atos no procedimento, etc.). Jamais poderão ser considerados princípios *gerais*, portanto.” (grifos do autor) DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 202.

<sup>198</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 25. O autor faz menção à obra de Mancini-Pisanelli-Scialoja (Commentario del código de procedura civile per gli stati sardi”).

evolução com a qual se trabalhou nos itens anteriores, em relação a outros institutos jurídico-constitucionais já abordados. Relembre-se que o Estado evoluiu, que o princípio da separação dos poderes evoluiu, que a jurisdição, enquanto poder ou função estatal, evoluiu; sempre na compreensão de que direitos fundamentais, historicamente reconhecidos ao longo do tempo, para serem adequadamente tutelados, impeliram a essa evolução, o que põe em andamento também, senão uma reformulação dos princípios informadores do processo, certamente uma releitura crítica dos mesmos<sup>199</sup>.

### 2.2.1 Inafastabilidade da jurisdição

Nesse contexto, o primeiro dos princípios informadores do processo a ser considerado é aquele que exerce papel central neste trabalho – o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tal como previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Aliás, bem pensadas as coisas, exatamente por isso, exatamente em função desta sua centralidade, tal princípio não necessita de grande abordagem neste tópico.

Com efeito, desde a escolha do título principal deste texto, e certamente até às conclusões que aqui se aflorarão ao final deste arrazoado, a questão do acesso à Justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional será o fio-condutor, pois a intenção é justamente demonstrar que tal princípio serve de catalisador para todo o sistema processual, impelindo o legislador a prover normas infraconstitucionais que o prestigiem e da mesma forma forçando o juiz a aplicá-las com base nesse princípio.

A inafastabilidade da jurisdição vem sendo abordada neste trabalho de modo reiterado, porque, na verdade, constitui aquilo que Dinamarco trata como “promessa síntese” formulada pelo Estado, no sentido da produção de decisões justas e efetivas, capazes de tutelar o bem da vida em periclitção. Tanto assim que, para Ronnie Preuss Duarte, também já referido neste texto, os demais direitos fundamentais processuais seriam “emanações” do mesmo princípio, ou “subgarantias” dele decorrentes (item 1.4 deste trabalho).

---

<sup>199</sup> “A evolução das idéias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade repercute necessariamente nos modos de interpretação e na dimensão semântica de palavras que, embora mantidas nos textos constitucionais ou legais, acabam por transmitir idéias diferentes daquelas de que foram portadoras no passado. Os textos comportam diferentes *leituras*, conforme o contexto em que se inserem – contexto que varia no espaço e evolui no tempo e cuja configuração em dado país e em dado momento é determinante do significado das palavras contidas na Constituição e na lei. Tal é a expressão e o fundamento da regra de *interpretação sistemática e evolutiva* a que devem ser submetidos os textos constitucionais responsáveis pelo direito processual constitucional (supra, n. 31).” (grifos do autor) DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 253-254.

Nesse mesmo sentido, é a compreensão de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem essa garantia constitucional “representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada”<sup>200</sup>.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, baseando-se em Humberto Theodoro Júnior, estabelece diferença entre “prestação jurisdicional” e “tutela jurisdicional”, para dizer que esta implica a “efetiva proteção e satisfação do direito”, enquanto aquela “consiste mais propriamente no serviço judiciário que se instrumentaliza por meio do processo”<sup>201</sup>.

Aliás, é também sob essa ótica que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira fala do direito fundamental à tutela jurisdicional, e de como o entrelaçamento dessa garantia constitucional, com outras garantias de mesma estatura, geram uma espécie de “garantia de resultado”, proveniente do “nexo teleológico fundamental entre ‘o agir em juízo’ e a ‘tutela’ jurisdicional do direito afirmado”<sup>202</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni fala da amplitude do direito de ação, por conseguinte do direito à tutela jurisdicional, no sentido de esse direito ter abrangência tamanha, que abarque a própria multifuncionalidade dos direitos fundamentais<sup>203</sup>. É dizer: pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a demanda ajuizada coloca (ou deve colocar) em funcionamento todo um sistema em prol da tutela efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Portanto, de tudo o que se disse neste tópico, é de ficar retido que o princípio da inafastabilidade da jurisdição materializa a “promessa síntese” do Estado, quanto à solução das demandas que lhe forem trazidas à análise, o que não significa apenas dizer quem tem razão, mas fazê-lo de modo adequado e eficaz, tutelando o direito

<sup>200</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 236

<sup>201</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. (Org.) **Princípios Processuais Civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2008, p. 53

<sup>202</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: SALLES, op. cit., p. 38-39

<sup>203</sup> “O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Mesmo quando se pensa na ação como conduto de participação, e se considera que a participação pode se dar por outros diversos meios, não há como deixar de concluir que sem ela (a ação coletiva) a participação do cidadão na reivindicação dos direitos fundamentais ficaria severamente prejudicada. O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.” MARINONI, op. cit., p. 204-205.

de quem o tenha.

A centralidade desse princípio é a nota marcante. O legislador deve observá-lo; o juiz deve cumpri-lo; o intérprete da lei e da própria Constituição deverá tê-lo como a pedra de toque para tudo que diga respeito à prestação jurisdicional.

### 2.2.2 Devido processo legal

Para Nelson Nery Júnior, trata-se o princípio do “devido processo legal”, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal<sup>204</sup>, do principal postulado constitucional a dispor a respeito da tutela jurisdicional. Segundo mencionado autor, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa”<sup>205</sup>. Nesse contexto, defluiriam, naturalmente, da só menção a esse princípio, garantias como a necessidade de citação, o direito de rápido e público julgamento, o contraditório e assim por diante<sup>206</sup>.

Nesse mesmo sentido, Fredie Didier Júnior entende tal princípio como “o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto”<sup>207</sup>.

A partir desses posicionamentos e levada em conta a própria evolução da doutrina processual, parece possível empreender a esse princípio uma maior abrangência e uma maior importância, máxime em se considerando, exatamente, a garantia constitucional de tutela jurisdicional (inafastabilidade da jurisdição).

Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, atribui ao princípio do devido processo legal uma feição sistemática, uma espécie de “fecho” para todo o mecanismo processual, pela afirmação da indispensabilidade de todas as garantias e exigências processuais no seu conjunto, sem descurar da importância de cada uma isoladamente considerada. Para este autor, o que resulta do devido processo legal é a garantia de um processo “justo e equo”, no sentido de o processo ser “regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e

<sup>204</sup> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>205</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., p. 27

<sup>206</sup> Ibidem, p. 37

<sup>207</sup> DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 37

conducente a uma tutela adequada e efetiva (Luigi Paolo Comoglio)<sup>208</sup>.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero criticam a expressão “devido processo legal” - por entendê-la mais ajustada ao Estado Liberal e à tradição estadunidense -, preferindo falar do direito fundamental a um “processo justo”, assim compreendido como o “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”, tratando-se de “condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas”<sup>209</sup>.

Nesse contexto, dizem esses autores, a lei densifica o direito ao justo processo, cabendo ao juiz interpretá-la e aplicá-la em conformidade com esse direito fundamental<sup>210</sup>. Bem por isso, a visão que se deve ter do “devido processo legal” ou do “processo justo” não é - e não pode ser - a da prefixação de regras processuais rígidas, imodificáveis e impassíveis diante do caso concreto. Muito ao contrário disso, o processo justo, imbricado com a garantia de inafastabilidade da jurisdição, transforma-se em “termo indeterminado”, em “cláusula geral”, pela qual se estabelece um “conteúdo mínimo essencial” a ser observado<sup>211</sup>, e da qual se deve inferir pela possibilidade de adequação, de sintonização entre o direito perseguido e o procedimento a ser empreendido para a sua tutela. Confira-se:

O fato de o direito ao processo justo contar com *bases mínimas*, o que lhe outorga um *perfil comum* nas suas mais variadas manifestações, obviamente não apaga a influência que o *direito material* exerce na concepção da *finalidade* do processo e na *coformação* de sua organização técnica. Dada a *interdependência* entre direito e processo, o direito material *projeta a sua especialidade* sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes. Isso quer dizer que o *conteúdo mínimo* de direitos fundamentais processuais que confluem para organização de um processo justo *não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, tampouco obriga à idêntica e invariável estruturação técnica*. Pelo contrário: o direito ao processo justo requer para sua concretização *efetiva adequação do processo ao direito material* – adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. É preciso ter presente que compõe o direito ao processo justo o *direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos*.<sup>212</sup> (grifos dos autores)

<sup>208</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo, apud DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 252

<sup>209</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 616

<sup>210</sup> “A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. O mesmo se passa com a atuação do Executivo e do Judiciário. A atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição.” SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 617.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 618

<sup>212</sup> Ibidem, p. 620

Nesse mesmo sentido, pronuncia-se José Roberto dos Santos Bedaque, asseverando que, “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”<sup>213</sup>.

É nesse contexto que deve ser entendida a assertiva de Ronnie Preuss Duarte, quando reconhece que na persecução dos fins do Estado, em especial modo na promoção da justiça, aí incluída a prestação jurisdicional, “aquele fim (justiça) se realiza, especialmente, por intermédio de um processo substancialmente justo, à medida que o procedimento pode condicionar o resultado”<sup>214</sup>.

Com efeito, nos tempos atuais, é perfeitamente possível falar-se numa “visão dinâmica” do princípio do devido processo legal, que se liga aos próprios direitos fundamentais e lhes dá concretude através do “processo justo”. Bem por isso, o “direito ao processo” não se caracteriza por um objeto puramente formal e abstrato, mas por ostentar um conteúdo “modal qualificado” – o direito ao justo processo representado pela face dinâmica do devido processo legal, como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>215</sup>.

Para o que interessa a este trabalho, portanto, é de se encerrar este tópico dizendo do caráter sistêmico de que se reveste o princípio do devido processo legal (ou do justo processo), cuja finalidade é dotar o processo e o procedimento de garantias capazes de legitimar a prestação jurisdicional, materializar a tutela judicial de modo justo e efetivo, o que não significa imutabilidade, mas adaptabilidade do procedimento ao caso concreto, aproximação entre a necessidade concreta do jurisdicionado e o modo de ser da prestação jurisdicional.

### 2.2.3 Razoável duração do processo

Há, sem dúvida, um direito fundamental à razoável duração do processo,

<sup>213</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 63

<sup>214</sup> DUARTE, op. cit., p. 89

<sup>215</sup> “Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir de conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas, é possível extrair a conseqüência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal (‘processo’ *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um ‘devido processo legal’, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais.” OLIVEIRA, Os Direitos Fundamentais, p. 43-44.

como se depreende do contido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal<sup>216</sup>.

A bem da verdade, diante de um direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, o que se viabiliza por um processo justo, capaz de tutelar adequadamente o direito pretendido, nem seria necessária a expressa previsão a respeito desse direito - na exata medida em que não se pode conceber a existência de uma tutela jurisdicional que ao mesmo tempo seja justa e adequada, mas tardia<sup>217</sup>.

A despeito disso, e seguindo tendência internacional<sup>218</sup>, a Emenda Constituição 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º constitucional o aludido preceito fundamental, o que, quando menos, serve ao fortalecimento de uma das facetas do próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, aquele que diz da necessidade de a prestação jurisdicional se desenvolver em tempo razoável.

Tem-se, também aqui, “cláusula geral”, que impõe ao legislador a adoção de técnicas processuais que prestigiem a rápida solução do litígio; ao administrador judiciário que gerencie de modo otimizado o sistema judicial; e ao juiz que conduza o processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável<sup>219</sup>.

É de se inferir mesmo que o grande mérito da explicitação, em sede constitucional, do princípio da razoável duração do processo, esteja em polarizar as atenções, de modo que a solução expedita das causas postas no sistema judicial seja, de fato, um objetivo a ser atingido por todos os envolvidos no processo, porque direito fundamental.

Trata-se de questão emblemática que deve repercutir em todos os quadrantes do sistema. Segundo Paulo Hoffman, a partir desse “novo direito”, não é mais possível a elaboração de leis que causem lentidão na solução de demandas, sob pena de lhes ser reconhecida a inconstitucionalidade; assim como da própria interpretação da lei processual não poderá resultar condições adversas ao desenvolvimento célere da relação processual<sup>220</sup>. Para esse autor, “mais que mera garantia constitucional deve o direito à

<sup>216</sup> LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>217</sup> “Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspondente direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados. É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º., XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, ‘à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva’.” CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 66.

<sup>218</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit. p. 677: art. 6º, 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem; art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, etc.

<sup>219</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 678

<sup>220</sup> HOFFMAN, Paulo. Princípio da Razoável Duração do Processo. In: OLIVEIRA NETO; CASTRO LOPES, op. cit., p. 324

razoável duração do processo ser encarado como modelo legislativo e critério de julgamento<sup>221</sup>.

Assim também o diz José Roberto dos Santos Bedaque, que também destaca a importância do princípio aqui estudado, principalmente no que toca à necessidade, a partir dele, do adequado tratamento do sistema das formas, da técnica e das nulidades processuais<sup>222</sup>.

Óbvio, entretanto, que nem tudo pode ser rapidez, celeridade, pragmatismo. O processo como sistema dialético requer um tempo natural para o seu desenvolvimento. Por mais que os envolvidos numa demanda pretendam vê-la solucionada de modo instantâneo, há necessidade de argumentação pelos envolvidos, de prova das alegações, de debate em torno da causa, de ponderação pelo juiz - e tudo com as garantias próprias do processo justo.

A esse respeito, aliás, Fredie Didier Júnior faz um interessante contraponto: se existe o direito fundamental a que a causa seja decidida em tempo razoável, há também um direito à própria demora na solução da demanda, exatamente aquela demora necessária à maturação da causa<sup>223</sup>.

Existe, de fato, uma correlação de certa forma perversa entre aceleração do processo e qualidade da decisão<sup>224</sup>, sendo esse o desafio a ser enfrentado, tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador do direito processual – encontrar o equilíbrio entre esses dois valores, como destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo pretendido alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade e, em contrapartida, incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador, ou do aplicador, do direito processual é compor, de maneira adequada, esses dois valores em permanente conflito, e nada obstante

<sup>221</sup> HOFFMAN, op. cit., p. 326

<sup>222</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 81

<sup>223</sup> “É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.” DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 41.

<sup>224</sup> “Resumidamente, tem-se que a fidelidade dos provimentos jurisdicionais à efetiva vontade do direito substancial objetivo para a solução do caso concreto requer dispêndio de energias e toma tempo, sendo portanto condicionada a um *custo social* mais ou menos elevado; por outro lado, o curso do tempo e aflições das partes por uma solução para suas angústias e fim do estado de insatisfação clama por soluções rápidas, que para serem rápidas trazem consigo o risco da imperfeição jurídica.” (grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 270.

complementares.<sup>225</sup>

A celeridade processual, decerto que não pode ser obtida a qualquer custo, com sacrifício de garantias processuais imprescindíveis. Fosse assim e seria mais fácil, como sugere Ronnie Preuss Duarte, tirar a sorte dos litigantes num jogo de dados<sup>226</sup>. O que se deve ter presente é que o princípio da razoável duração do processo haverá de informar o processo e o seu operador, viabilizando o mais possível a solução rápida da causa, mas tendo em conta aquelas garantias mínimas próprias do justo processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira faz referência aos critérios adotados pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem para aferir o tempo adequado de duração de um processo, que devem dizer respeito à complexidade da causa, ao comportamento das partes (também seus procuradores) e à atuação do órgão judicial<sup>227</sup>. Tais critérios servem aos objetivos deste texto e se enastram com tudo o que se disse a esse respeito até aqui.

Neste tópico, portanto, há que se destacar a fundamentalidade, tanto do direito à efetividade do processo, quanto à sua razoável duração, aquela como premissa desta. A partir disso, reconhecer que, em face dessa fundamentalidade, o legislador deve produzir sistemas processuais que contemplem esses princípios, e o julgador deve zelar para que assim ocorra também no plano fático.

#### 2.2.4 Contraditório

Como se tem dito ao longo deste trabalho, é inquestionável a evolução técnico-sociológica dos temas relacionados ao processo, desde a concepção de Estado até o papel da própria jurisdição. E talvez a mostra inconfundível dessa evolução se possa extrair da própria remodelação por que passou o princípio do contraditório.

Afinal, o que inspira o princípio do contraditório, tal como previsto no artigo 5º, LV da Constituição<sup>228</sup>, não é mais aquela visão restrita da “bilateralidade do processo”, uma espécie de derivativo do binômio “ação-reação”, como se apenas às partes interessasse a prestação jurisdicional<sup>229</sup>.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, Os Direitos fundamentais, p. 45

<sup>226</sup> DUARTE, op. cit., p. 210

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 113

<sup>228</sup> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>229</sup> “A bilateralidade da ação e da pretensão gera a *bilateralidade do processo*, e nisso reside o fundamento

Na visão de Dinamarco, a ideia-força do princípio do contraditório está na “participação” dos sujeitos do processo em relação à própria construção da decisão a ser empreendida, o que implica não só a participação dos litigantes, franqueada pelo juiz, mas também a participação do próprio juiz na preparação da causa para julgamento<sup>230</sup>. Nesse mesmo sentido, é a lição de Marinoni-Mitidiero, que consideram que o contraditório, para além de significar “conhecer e reagir”, implica o *direito de influência*<sup>231</sup>.

Aliás, esses mesmos autores (Marinoni-Mitidiero) detectam um “direito fundamental à colaboração no processo”, que se viabiliza na organização do papel das partes e do juiz na conformação do processo, “estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)*, em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualenZusammenarbeit*)”<sup>232</sup>.

Didier Júnior também faz menção a um “princípio da colaboração”, que, segundo o autor, já tem curso em ordenamentos estrangeiros, como Alemanha, França e Portugal, e que no Brasil também pode ser detectado<sup>233</sup>. Para esse autor, tal princípio impõe ao juiz o dever de esclarecimento às partes quanto a eventuais dúvidas destas; o dever de se esclarecer perante elas, quando lhe sobrevier alguma dúvida a respeito de questões levantadas no processo; além do dever de prestar orientações a elas, quando isso se fizer necessário<sup>234</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também discorre a respeito do direito fundamental de participação no processo, que, por sua vez, o leva a conceber a existência de um princípio constitucional de colaboração, na compreensão de que tanto as partes, quanto o órgão judicial, quanto os demais participantes do feito (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), “devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade<sup>235</sup>”.

Autores há, entretanto, que, quando se referem ao princípio da cooperação ou colaboração, parecem restringir esses deveres de cooperação à figura do juiz, excluindo-se deles as partes, conforme dizem, explicitamente, Marinoni-Mitidiero:

---

lógico do contraditório. Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve como contradição recíproca, ensina Carnelutti. E a seguir acrescenta o mestre: ‘por isso, o contraditório constitui um dos princípios fundamentais do processo civil.’” MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. II, p. 97.

<sup>230</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 220

<sup>231</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 648

<sup>232</sup> Ibidem, p. 625 (grifos dos autores)

<sup>233</sup> DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 55

<sup>234</sup> Ibidem, p. 56

<sup>235</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 194

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. O *legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual*. E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio<sup>236</sup>. (grifos dos autores)

Em que pesem essas respeitáveis ponderações, não há como se concordar com elas. O processo não é coisa das partes, como diz Bedaque<sup>237</sup>, muito menos um “negócio em família”, como sustenta Dinamarco<sup>238</sup>, tratando-se de instrumento ético de solução de controvérsias, cujo resultado a todos diz respeito, ainda quando não seja favorável a uma das partes. Aliás, basta lembrar-se dos escopos do processo ou da jurisdição, como já descritos neste trabalho, para se ter em conta essa feição publicística que assume a relação processual. Por isso mesmo inconcebível excluir desse dever de colaboração ou cooperação, exatamente aqueles a benefício de quem a máquina judicial se coloca em movimento.

Aliás, um dos autores antes mencionados já teve ocasião de dizer da necessidade de o processo da atualidade não se alinhar com a concepção de processo urdida no Estado Liberal<sup>239</sup>, o que parece ocorrer se prevalecente o entendimento acima transcrito.

Na verdade, esse princípio da colaboração ou da cooperação fala de perto ao próprio princípio da lealdade processual. Segundo leciona Luís Filipe Brites Lameiras, discorrendo sobre o princípio da colaboração no direito português, cujo desenvolvimento apresenta-se mais avançado do que no Brasil:

Para nós, juridicamente, há-de ser a ideia de que os vários sujeitos processuais, colocados numa plataforma de boa-fé e de confiança recíprocas, devem proceder de modo a otimizar as condições necessárias à realização – no menor período de tempo compatível com as exigências do processo – do objectivo, desde o início, tido em vista atingir<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 626

<sup>237</sup> BADAQUE, Efetividade do Processo, p. 70: 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 contas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos -, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influenciando na própria segurança das relações jurídicas.

<sup>238</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 336

<sup>239</sup> MARINONI, op. cit., p. 401

<sup>240</sup> LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: BRITO, op. cit., p. 122

O mesmo Fredie Didier Júnior, antes mencionado, em outro trabalho, discorre a respeito da existência de um modelo processual “cooperativo”, que seria uma espécie de “tertium genus” entre o modelo “inquisitivo” e o modelo “dispositivo”. Mencionado autor cita Dierle José Coelho Nunes, para dizer de um modelo processual “comparticipativo”, capaz de construir um “processo civil democrático”, no qual “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”<sup>241</sup>.

Em resumo para este tópico, portanto, e considerados os objetivos deste trabalho, o que deve ficar de importante é que o princípio do contraditório tem a sua *ratio* na ideia de participação dos sujeitos do processo na solução do caso posto em Juízo. Nessa participação, as partes e o juiz têm deveres mútuos de colaboração, de forma que o processo atinja os seus objetivos do modo mais efetivo possível.

### 2.2.5 Inquisitivo-dispositivo

No contexto sobre o qual se vem desenvolvendo este trabalho, em especial modo em função do cariz democrático que se pretende ressaltar em relação ao processo, como instrumento ético de solução de controvérsias, também deve receber colorido diferente a questão dos princípios inquisitivo e dispositivo.

Fredie Didier Júnior explica que não é possível desenvolver um critério taxativo de identificação da “dispositividade” ou da “inquisitoriedade” de determinado sistema processual, sendo preferível falar-se em predominância de um ou de outro desses princípios, conforme se atribuam mais ou menos poderes diretivos ao juiz<sup>242</sup>.

De sua parte, Cândido Rangel Dinamarco destaca o papel exercido pelo princípio inquisitivo, como “responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional”, disso decorrendo, nos dias atuais, a tendência de se reforçarem os poderes de direção e de impulso a serem atribuídos ao juiz<sup>243</sup>.

Aliás, esse mesmo autor faz importante distinção entre os princípios inquisitivo e dispositivo, de vez que atuam em campos distintos. Enquanto a

---

<sup>241</sup> NUNES, Dierle José Coelho, apud DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 198, p. 213-225, 2011

<sup>242</sup> DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 52

<sup>243</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 238-239

dispositividade diz respeito à conduta dos sujeitos interessados, em momento anterior à instauração do processo e até que ele se instaure, a inquisitorialidade diz respeito ao modo como o processo será conduzido<sup>244</sup>.

O Código de Processo Civil tem dispositivos que bem demarcam esses dois princípios; o seu artigo 2º, por exemplo, retrata o princípio da demanda, de matiz dispositivo, portanto, ao dizer da inércia do julgador, até que este seja acionado<sup>245</sup>; enquanto que o artigo 262 do mesmo diploma legal, ao dizer que, iniciado pela parte, o processo se desenvolve por impulso oficial, evidencia o seu caráter inquisitivo<sup>246</sup>.

O processo civil moderno reforça os poderes do juiz, impondo-lhe o dever não só de franquear às partes a sua participação no desenrolar do procedimento, mas também de ele próprio (o juiz) atuar segundo os parâmetros do contraditório, aqui entendido como direito de influência, como acima dito<sup>247</sup>.

Nesse contexto, o processo de hoje parece repelir uma visão redutora do princípio inquisitivo, no sentido de a ele tocar apenas a atribuição de poderes probatórios ao juiz<sup>248</sup>.

A necessidade de otimização funcional do processo autoriza que esse primado seja utilizado de modo mais amplo, como verdadeira outorga de poderes diretivos gerais ao juiz, e não apenas instrutórios, como forma de garantir a sua efetividade. Eduardo J. Couture já teve ocasião de dizer que “há cada dia uma tendência mais acentuada, mesmo nos países de estrutura liberal democrática, a permitir a iniciativa de ofício em todos aqueles casos nos quais a vontade privada não baste para oferecer as garantias necessárias”<sup>249</sup>. Cândido Rangel Dinamarco, em outra obra, destaca a necessidade de se reprimir a inquisitorialidade autoritária, que, por certo período, dominou o processo penal, o que não pode significar o desinteresse do juiz pela sorte do processo, mesmo na relação civil, cuja publicização é patente<sup>250</sup>.

<sup>244</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 239

<sup>245</sup> Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

<sup>246</sup> Art. 262 O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

<sup>247</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 239

<sup>248</sup> “Ao princípio dispositivo, costuma-se contrapor o chamado *princípio inquisitório*, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da sua demanda.” BAPTISTA A SILVA, Curso, v. 1, p. 60.

<sup>249</sup> “Hay cada día una tendencia más acusada, aun en los países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias.” (Tradução nossa) COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil: La Constitución y el Proceso Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, t. I, p. 313.

<sup>250</sup> “É preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências

Para os propósitos deste trabalho, portanto, importa considerar essa valorização do princípio inquisitivo, no sentido de ao juiz serem atribuídos poderes diretivos, necessários à condução otimizada do processo, o que, em certas situações, implica a possibilidade até mesmo de adequação das formas processuais não só ao desiderato das partes, mas à finalidade última do processo, no sentido da pacificação social com justiça.

### 2.3 A REDESCOBERTA DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Considerados os objetivos estabelecidos no título anterior, no sentido de descreverem-se ali os princípios informadores do processo, capazes de influenciar na simplificação processual e por consequência na facilitação do acesso à Justiça, não se justificaria que a abordagem do princípio da oralidade fosse desenvolvida num item específico e distinto dos demais, como se faz aqui.

Entretanto, o destaque que se pretende empreender neste espaço leva em conta a importância desse princípio no contexto do próprio tema central aqui escolhido. O princípio da oralidade, conforme se demonstrará a seguir, promove o ambiente técnico-processual capaz de viabilizar a simplificação processual e a efetividade da tutela jurisdicional que se busca realizar, daí a necessidade de seu detalhamento em item autônomo.

Giuseppe Chiovenda defendia enfaticamente o princípio da oralidade, dizendo de sua melhor conformação com as exigências da vida moderna, da excelência intrínseca das decisões proferidas no procedimento oral, e da celeridade do fluxo processual nos ordenamentos jurídicos em que tal procedimento fora adotado<sup>251</sup>.

Na verdade, a “oralidade” a que se refere Chiovenda, como ele próprio explica, não tem, propriamente, a finalidade de evidenciar, como característica primordial,

---

instrutórias deixadas pelas partes no processo. Tal é, no sentido mais amplo possível (conquanto inevitavelmente vago), a fórmula da publicização do processo no tempo presente. Evidentemente, não é apenas nesses pontos que se mostra o caráter público do processo. Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como *instrumento do Estado* para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição.” (grifos do autor) DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 62-63.

<sup>251</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 3, p. 56

a prevalência da palavra falada, como se poderia pensar, mas sim uma ideia, um conceito, uma fórmula capaz de exprimir um *modo de ser* especial do processo<sup>252</sup>. Bem por isso, o princípio da oralidade se subdivide em vários “princípios complementares” ou “subprincípios”, que só têm sentido se analisados no seu conjunto, pois só assim exprimem esse *modo de ser* do procedimento oral.

O primeiro desses subprincípios é o da *prevalência da palavra como meio de expressão*<sup>253</sup>. O que se pretende é propiciar aos sujeitos do processo e todos aqueles que venham a atuar na relação processual a comunicação pela via oral, de forma que ao juiz seja possibilitado avaliar as posições de cada um, bem assim partes, testemunhas, peritos, - o que se obtém com maior proficiência diante de um debate oral e instantâneo, no qual seja possível avaliar até mesmo o comportamento físico das pessoas que ali se digladiam<sup>254</sup>.

Aliás, no procedimento oral, a escrita não é desprezada, mas apenas lhe é dado o devido valor, no sentido da documentação e da perpetuação dos atos praticados<sup>255</sup>.

O segundo subprincípio afeto à oralidade diz respeito à *imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar*<sup>256</sup>. Para Chiovenda, é nesse subprincípio que se verifica a própria essência do procedimento oral. Segundo o autor:

Quer o princípio da imediação que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral<sup>257</sup>.

O terceiro componente do princípio da oralidade é o subprincípio da *identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa*<sup>258</sup>. Trata-se de conseqüente lógico dos outros dois subprincípios antes mencionados. O que se pretende é que aquele juiz, que acompanhou o desenvolvimento do procedimento em suas

<sup>252</sup> CHIOVENDA, op. cit., v. 3, p. 61

<sup>253</sup> Ibidem, p. 61

<sup>254</sup> Ibidem, p. 63

<sup>255</sup> Ibidem, p. 62

<sup>256</sup> Ibidem, p. 64

<sup>257</sup> Ibidem, p. 65

<sup>258</sup> Ibidem, p. 65

várias fases, na produção da prova, nos debates e nos demais atos processuais, seja o juiz prolator da sentença, pois só ele tem efetivas condições de avaliar a causa trazida ao Juízo, sob todos os seus aspectos<sup>259</sup>. Ovídio A. Baptista da Silva refere-se ao *princípio da identidade física do juiz* como necessário a empreender consistência aos princípios antes mencionados - da oralidade e da imediatidade<sup>260</sup>.

Já o quarto subprincípio refere-se à *concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas*. Segundo Chiovenda, esse subprincípio é a característica exterior do princípio da oralidade<sup>261</sup>, pelo qual os atos processuais são concentrados num espaço-tempo controlado pelo juiz, de forma a que este tome conhecimento dos atos praticados, deles retendo o que lhe seja necessário à formação de seu convencimento. Note-se que essa concentração dos atos processuais refere-se inclusive à deliberação quanto a incidentes ocorridos durante o procedimento, de forma que não se interrompa a própria marcha processual.

Por fim, mas não menos importante, é abordar o quinto subprincípio, conformador do princípio da oralidade, referente à *irrecorribilidade das interlocutórias em separado*<sup>262</sup>. Como já se disse, todos os subprincípios aqui abordados são concatenados de forma a produzir um todo harmônico, aquele *modo de ser* do procedimento oral a que se referiu em linhas anteriores. Bem por isso, se no procedimento oral há uma concentração de atos processuais, de forma que até mesmo os incidentes havidos no processo sejam deliberados de imediato e pelo mesmo juiz, não se pode vislumbrar, sem quebra da lógica procedimental, que decisões interlocutórias, provindas desses mesmos incidentes processuais, pudessem ser objeto de recurso autônomo e, pior do que isso, sustando a marcha processual.

### **2.3.1 Oralidade, simplificação e efetividade**

Ao início deste tópico foi dito da importância do princípio da oralidade para os propósitos deste trabalho, cuja ideia-força está na simplificação do processo como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. Depois de descrita a estrutura do

---

<sup>259</sup> CHIOVENDA, op. cit., v. 3, p. 65

<sup>260</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 66

<sup>261</sup> Ibidem, p. 66

<sup>262</sup> Ibidem, p. 67

procedimento oral e abordados os subprincípios que lhe dão corpo, não pode haver qualquer perplexidade em reconhecer-lhe uma tal magnitude.

Eduardo J. Couture já enfatizava o grande dilema do processo moderno, entre a escritura e a oralidade, que não era um debate entre oradores e escribas, mas algo muito mais profundo, que colocava em jogo a saúde moral e política do direito processual<sup>263</sup>. Na verdade, a questão é de empoderamento do juiz e do reconhecimento dos próprios escopos do processo, este tido como instrumento estatal de solução de controvérsias. Os poderes conferidos ao juiz assumem importância capital na própria legitimidade do processo, nisso maximizada pela participação popular. É nesse sentido que se manifesta o mencionado autor:

Para colocá-lo em termos mais simples possíveis, diria que o processo oral repousa sobre estes dois fundamentos: a autoridade do juiz e o controle público sobre a justiça. Tudo o mais é episódico; o falar ou o escrever é a periferia das coisas; o fundamental é que o juiz governe o processo e canalize a vontade das partes, por um lado; e que o povo faça o controle sobre esta atividade fundamental do Estado, por outro<sup>264</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth também fazem expressa menção à reformulação de procedimentos judiciais, pelo viés da oralidade, de forma a tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres<sup>265</sup>.

J. S. Fagundes Cunha, discorrendo a respeito do princípio da oralidade em função do processo eletrônico, destaca que Chiovenda, quando fez aflorar aqueles subprincípios acima referidos, num momento da história em que sequer se poderia pensar na existência de um equipamento como o “computador”, tal como o conhecemos hoje, reduziu a uns poucos postulados “toda a riqueza de idéias que o procedimento oral encerra”<sup>266</sup>. E é exatamente essa riqueza de ideias que se pretende destacar e utilizar na justificativa das teses aqui apresentadas.

O procedimento oral confia no juiz e lhe atribui poder. Aliás, mais do que isso, o procedimento oral confia nos sujeitos do processo e principalmente no diálogo

<sup>263</sup> COUTURE, op. cit., t. I, p. 321

<sup>264</sup> “Para plantearlo en los términos más simples posibles, diría que el proceso oral reposa sobre estos dos fundamentos: la autoridad del juez y el contralor público sobre la justicia. Todo lo demás es episódico; el hablar o el escribir es la periferia de las cosas; lo fundamental es que el juez gobierne el proceso y encauce la voluntad de las partes, por un lado, y que el pueblo haga el contralor sobre esta actividad fundamental del Estado, por otro.” (Tradução nossa) COUTURE, op. cit., t. I, p. 321.

<sup>265</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 76-77

<sup>266</sup> CUNHA, J. S. Fagundes. O Princípio da oralidade deve se subsumir ao processo eletrônico. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p.764

entre eles. E esse é o ambiente propício para que formas sejam simplificadas e para que demandas sejam solucionadas com razoável celeridade. É disso que fala Carlos Alberto Alvaro do Oliveira, quando menciona o gênio de Franz Klein, mentor das alterações processuais levadas a efeito na Áustria de 1895, pautadas no princípio da oralidade. Confira-se:

Por isso a sua concepção do processo civil como *Wohlfahrtseinrichtung*, isto é, como instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos (*erzieherische Wirkung*). Nesse terreno a ideia da oralidade encontra campo fértil, situando-se o debate público e oral em posição central e dominante. Os recursos ficam, em princípio, limitados às decisões definitivas. O juiz passa a estabelecer uma relação imediata e direta com as partes e as provas, estas livremente apreciadas. Em muito cresce a atividade do órgão judicial, munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir sua marcha rápida e regular. Assim, lícito é ao juiz, consoante o disposto no § 432 da ZPO austríaca, instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogados e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões.<sup>267</sup>

Aliás, o mesmo autor dá conta da adoção, na Alemanha dos dias atuais, de prática bastante semelhante àquela preconizada por Klein, prevista no chamado “Modelo de Stuttgart”, para o qual contribuiu a doutrina de Fritz Baur, e no qual se reflete o “emprego conjunto das técnicas da oralidade, mediação e concentração, de par com um contato informal do juiz com as partes e seus representantes, em busca de uma solução amigável da controvérsia ou pelo menos de uma diminuição do âmbito real do litígio”<sup>268</sup>.

Como se viu em item anterior, há um princípio constitucional básico, no sentido da inafastabilidade da jurisdição – uma “promessa síntese” de que o Estado conhecerá das demandas que lhe sejam trazidas e as solucionará, de modo justo e eficaz. Para tanto, deverá o Estado proporcionar um método justo e equo, no qual serão observadas mínimas garantias àqueles que acorrem à Justiça. Uma dessas garantias prevê que o processo se desenvolva em tempo razoável, apenas o suficiente a que se produza uma decisão justa; o que, para tanto, necessita da participação dos interessados, em contraditório, e do empoderamento do juiz como condutor das ações.

O princípio da oralidade proporciona tudo isso, ou pelo menos contribui sobremaneira para que tal ocorra, na medida em que concentra atos processuais, oportuniza e otimiza o debate. Nesse mesmo sentido, Leonardo Greco assevera que nos dias atuais todos devem ter direito a um “diálogo humano e público com o juiz da causa”, direito este que se integra à garantia do contraditório participativo, de forma a poder

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 76-77

<sup>268</sup> Ibidem, p. 176

influir eficazmente na decisão da demanda<sup>269</sup>.

A Constituição brasileira é expressa ao contemplar o princípio da oralidade, conforme se verifica de seu artigo 98, inciso I<sup>270</sup>, e embora estabelecido tal dispositivo constitucional para abarcar os chamados Juizados Especiais, como forma de lhes empreender celeridade e pragmatismo, não há qualquer dúvida de que esses parâmetros podem ser utilizados em outras searas processuais.

É verdade que a Lei 9.099/95, instituidora do Juizado Especial das causas de menor complexidade, atendendo ao comando constitucional, foi explícita ao estabelecer a oralidade como um seu princípio vetor, o que se vê do artigo 2º daquela lei<sup>271</sup>. Mas não só o Juizado Especial contém cláusula autorizadora do manejo da oralidade. O processo do trabalho é inteiro informado por esse princípio, o que se vê da possibilidade de a demanda trabalhista ser proposta oralmente (CLT, art. 787 e 840), da concentração dos autos processuais em audiência (CLT, art. 843 e 849), da angularização da relação processual em audiência (o artigo 847 da CLT prevê que a contestação somente será apresentada, inclusive em forma oral se necessário, depois de lida a petição inicial em audiência), da atribuição de substanciosos poderes diretivos ao juiz (CLT, art. 765), da resolução informal dos incidentes do processo e da restrita utilização do agravo de instrumento para a impugnação de decisões interlocutórias (apenas para destrancar recurso – CLT, 897, “b”).

A bem da verdade, até mesmo o processo civil comum possui profundos traços de oralidade. Pense-se nos poderes diretivos conferidos ao juiz, pelos artigos 125 e 130 do CPC, além do princípio da identidade física do juiz, explicitamente contemplado no artigo 132 do mesmo diploma legal<sup>272</sup>. Relembre-se da audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC – valiosíssima oportunidade de contato com as partes, para a tentativa conciliatória e para o saneamento do próprio feito. Aliás, todas as audiências previstas no processo civil contêm a marca da oralidade, porque em todas se afloram, em maior ou

<sup>269</sup> GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 02, p. 53

<sup>270</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

<sup>271</sup> Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

<sup>272</sup> Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor.

menor medida, aqueles subprincípios componentes do princípio da oralidade antes mencionados.

O processo civil comum não é de todo oral, como de resto nenhum processo o é<sup>273</sup>, mas também ele é informado por tal princípio, que por isso mesmo deveria ser melhor aproveitado pelos operadores do sistema processual, o que não ocorre.

Dinamarco ressalta a importância da audiência prévia, momento no qual o juiz se informa a respeito de pontos e questões relevantes, delimitando o objeto da prova, e lamenta que “os juízes tenham recebido essa inovação com tantos preconceitos e tanta má vontade”, que de obrigatória a audiência prévia passou a ser simplesmente facultativa<sup>274</sup>.

Bedaque enfatiza a necessidade de mudanças não tanto na legislação, mas na própria cultura processual. Para ele, “imprescindível a admissão com maior amplitude do diálogo direto entre partes e juiz – o que implica restabelecer algumas idéias do sistema da oralidade, hoje deixadas de lado”<sup>275</sup>.

Como se tem sustentado ao longo deste tópico, a oralidade deve ter lugar de prestígio nessa visão instrumental que se pretende ter do processo. Aquele conjunto de princípios que lhe dá consistência favorece a simplificação das formas processuais, encoraja o diálogo, saneia o processo e, sobretudo, coloca o juiz como partícipe de todos os atos processuais<sup>276</sup>. Trata-se, como diz Couture, de implantar um estado de confiança na figura do juiz, como reitor do processo, e nas próprias partes, como garantes da sua legitimidade, o que é próprio da democracia. Confira-se:

A oralidade, para ser implantada, tem necessidade de criar um estado de confiança no juiz. Se apoia em um princípio de fé; e a fé no direito, não é uma coisa que vem de cima para baixo, senão que nasce de baixo para cima; que não se impõe por ato de autoridade do Estado, mediante um código de tal ou qual estrutura, senão que nasce da consciência mesma do povo, feita de segurança na honra e retidão de seus magistrados. O outro fundamento, o do controle público da justiça, repousa sobre uma admirável tradição democrática. No juízo oral, os protagonistas não são nem o juiz nem as partes. Eu diria que como nas óperas russas, o protagonista é o povo; ele é quem está sustentando com seu alento, dia a dia, a vida mesma da justiça.<sup>277</sup>

<sup>273</sup> “O que se adota é o *procedimento misto*, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.” CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 325.

<sup>274</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 119

<sup>275</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 105

<sup>276</sup> Cf.: OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 76, citando Franz Klein: “O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal.”

<sup>277</sup> “La oralidad, para ser implantada, tiene necesidad de crear un estado de confianza en el juez. Se apoya en un

De tudo o que se disse neste tópico, o que deve ficar retido é a revalorização do princípio da oralidade, senão para aplicá-lo na sua inteireza, ao menos para que se valha dele, o quanto possível, como mecanismo capaz de empreender simplificação e celeridade processuais, inclusive facilitando o manejo dos demais princípios processuais antes mencionados, que, de alguma forma, contribuem com esse desiderato.

Não há necessidade de inovações legislativas de vulto. Basta aplicar as normas processuais já existentes com os olhos voltados para a proficiência do processo.

#### **2.4 O DOGMA DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SUPERAÇÃO**

Bernhard Windscheid e Theodor Muther, professores alemães que entre os anos de 1856 e 1857 travaram grande polêmica em torno da “actio” romana, talvez não soubessem que a partir dali estaria deflagrada a compreensão do que viria a ser, mais tarde, a ciência processual.

Windscheid dizia que no sistema romano cabia ao pretor criar o direito para o caso concreto, através da “actio”, enquanto Muther refutava tal entendimento, ao fundamento de que mesmo no sistema romano o pretor exercia funções meramente recognitivas ou interpretativas, no sentido de declarar direito preexistente<sup>278</sup>.

Desse embate extraiu-se a importante conclusão de que, na verdade, existem dois planos distintos do direito – um material e outro processual<sup>279</sup> -, o que faria com que Oskar Von Bülow, cerca de doze anos depois, em 1868, concebesse e sistematizasse a existência de uma relação jurídica processual, desvinculada da relação jurídica material.

Estavam criadas, a partir disso, as condições para que o Direito Processual pudesse ser compreendido como ciência autônoma, exatamente pela ideia da separação

---

principio de fe; y la fe en el derecho, no es una cosa que viene de arriba abajo, sino que nace de abajo hacia arriba; que no se impone por acto de autoridad del Estado, mediante un código de tal o cual estructura, sino que nace de la conciencia misma del pueblo, hecha de seguridad en el honor y rectitud de sus magistrados. El otro fundamento, el del contralor público de la justicia, reposa sobre una admirable tradición democrática. En el juicio oral, los protagonistas no son ni el juez ni las partes. Yo diría que como en las óperas rusas, el protagonista es el pueblo; él es quien está sosteniendo con su aliento, día a día, la vida misma de la justicia.” (tradução nossa) COUTURE, op. cit., t. I, p. 323.

<sup>278</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, t. I, p. 79

<sup>279</sup> MARINONI, op. cit., p. 162

ontológica entre direito e processo<sup>280</sup>.

Com efeito, para que se aflorasse esse ramo da ciência jurídica, com seus princípios próprios, com sua autonomia científica, didática e jurisprudencial, buscou-se, à exaustão, distanciar-se o direito de ação, ou seja, o direito de invocar a proteção estatal, do direito material que por ela, pela ação, se pretendia tutelar.

Vem daí a evolução das teorias relacionadas à natureza jurídica do direito de ação e sua tendência à completa autonomia: a teoria imanentista ou civilista, que via na ação o próprio direito substancial em estado de reação ou de defesa, *encouraçado e armado para a guerra*<sup>281</sup>, verdadeira *inflamação* do direito subjetivo violado<sup>282</sup>; a teoria concretista, que embora concebesse a ação como direito autônomo, apenas a vislumbrava em relação ao sujeito cujo direito material fosse reconhecido em Juízo<sup>283</sup>; a teoria abstracionista, que pretendia a ação como direito absolutamente autônomo em relação ao direito material tutelado<sup>284</sup>; a teoria “eclética”, adotada no Brasil (CPC, art. 267, VI), por influência de Liebman, que infere por existente um direito subjetivo público e autônomo de se invocar a tutela jurisdicional, mas ainda assim condicionado a elementos de referibilidade no próprio direito material postulado, bem assim possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual<sup>285</sup>.

Entretanto, esse distanciamento entre direito e processo, essa necessidade de se separar e de se desassemelhar o direito de ação do direito material pretendido, progressivamente alcançado pela própria evolução das teorias relacionadas à natureza jurídica da ação, como acima visto, trouxe consigo um perverso efeito colateral – o da ontologização do processo, como se este fosse um fim em si mesmo, como se o que interessasse fosse o alto nível de tecnicismo que nele se encerra, e não o direito material que por ele deveria ser tutelado, muito menos a sociedade que por ele busca apaziguar-se.

Luiz Guilherme Marinoni faz incisivas críticas a respeito desse isolamento

<sup>280</sup> DINAMARCO, Fundamentos, t. I, p. 65

<sup>281</sup> DINAMARCO, Fundamentos, t. I, p. 65

<sup>282</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 19

<sup>283</sup> MARINONI, op. cit., p. 166: Segundo Chiovenda, somente é investido da ação aquele cuja demanda é acolhida.

<sup>284</sup> “Plósz e Degenkolb entenderam que o direito de agir não excluiu a possibilidade de uma sentença desfavorável, que então restou qualificado por Plósz como ‘direito abstrato’. Para esses juristas, o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material”. MARINONI, op. cit., p. 163.

<sup>285</sup> “Se in um caso determinato mancano le condizioni dell’azione od anche una di esse (interesse e legittimazione ad agire) diciamo che vi è *carezza di azione* e il giudice dovrà rifiutare un giudizio sul merito limitandosi a dichiarare inamissibile la domanda” (Se num caso determinado faltam as condições da ação ou também uma dessas (interesse e legitimação para agir) dizemos que existe carência de ação e o juiz deverá refutar um juízo sobre o mérito limitando-se a declarar inadmissível a demanda - tradução nossa, grifos do autor). LIEBMAN, Manuale, p. 141.

da relação jurídica processual e de sua “pretensa neutralidade”. E para tanto ampara-se em Wassermann e em sua crítica ao processo no Estado Liberal clássico, que pretendendo ser “abstrato”, o faz em relação à vida das partes envolvidas e ao conjunto das relações sociais em que estão imersas, considerando-as apenas no seu contexto processual. Aliás, sobre a abstração e a neutralidade do conceito de relação jurídica processual, Marinoni adverte que “nenhum Estado é neutro”; todo Estado tem fins, projetos e valores que os influencia; e “esta obviedade era desconsiderada pelo conceito pandectístico de relação jurídica processual”<sup>286</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco, ainda que por outras palavras, parece concluir no mesmo sentido, quando reconhece que a ordem processual evoluiu de modo mais lento do que a ordem constitucional, apontando como causa para esse descompasso “o preconceito consistente em considerar o processo como *mero instrumento técnico* e o direito processual como *ciência neutra* em face das opções axiológicas do Estado”<sup>287</sup>.

Nesse mesmo contexto, José Roberto dos Santos Bedaque fala da necessidade de se revisitarem os institutos do direito processual, que se, no passado, foram concebidos e delineados graças a essa completa separação entre direito e processo, hoje não precisam mais ser vistos com tamanho distanciamento, e sim com os olhos voltados à instrumentalidade que deve norteá-los. Confira-se:

A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos ao processo. Seu escopo é a eliminação da crise de direito material, formulando e atuando a regra jurídica ao caso concreto. A técnica adotada pelo legislador, visando ao adequado desenvolvimento do método por ele criado para solução dos litígios (processo equo e justo), é simples meio. Em nenhum instante pode o processualista esquecer-se de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer resultados pretendidos, que são exteriores a ele<sup>288</sup>.

Com efeito, e como também o diz Dinamarco, a ciência processual parece ter alcançado uma fase de “maturidade”, de forma que, para firmar-se como tal, não precisa mais desse grande distanciamento em relação ao direito material. Passadas as fases imanentista e autonomista, “chegou o terceiro momento metodológico do direito

<sup>286</sup> MARINONI, op. cit., p. 397

<sup>287</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 39

<sup>288</sup> BEDAQUE, Direito e Processo, p. 18.

processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”<sup>289</sup>.

Mauro Cappelletti chega a conclusões parecidas em face do direito italiano, ao fazer menção acerca do redescobrimto, por parte dos pesquisadores italianos, do “nexo entre processo e direito substancial”, que, por longo tempo, fora desconsiderado, em função do que chama Vittorio Denti de “excessivamente aclamada autonomia da ação e da relação processual”<sup>290</sup>.

Em linha de conclusão para este tópico, é possível sustentar que a superação do formalismo e o conseqüente prestígio à própria efetividade do processo devem partir da compreensão de que, passadas as fases primitivas do processo, como mero desdobramento do direito material ou como complexo de institutos jurídicos completamente desvinculados dele, atinge-se agora a sua fase madura, na qual se sabe da plena autonomia do direito processual, mas não se necessita dela, senão da consciência da sua natureza instrumental, como meio de fazer atuar a vontade concreta da lei, mas também e principalmente de pacificar conflitos sociais com justiça.

É o que se pretende demonstrar no próximo capítulo deste trabalho.

---

<sup>289</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 22.

<sup>290</sup> CAPPELLETTI, Juízes Legisladores?, p. 13.

### 3 PROCESSO E INSTRUMENTALIDADE

O capítulo que se abre tem a específica missão de demonstrar ou enfatizar a condição de “instrumento” ostentada pelo processo. A despeito de seu alto grau de tecnicismo, assim como de sua autonomia científica, a noção de que o processo é o instrumento pelo qual se atua a vontade concreta da lei e se atingem aqueles escopos estabelecidos pelo Estado, é extremamente importante para que o formalismo exagerado seja amenizado e colocado no seu devido lugar – e com isso se contribua para o afloramento da efetividade que se almeja para o sistema processual.

Aliás, a instrumentalidade que se deseja e se preconiza aqui, não é apenas aquela instrumentalidade das formas processuais, que privilegia uma visão endossistemática do processo, mas sim uma “instrumentalidade ampliada”, que reconhece essa característica no próprio sistema processual.

#### 3.1 DIREITO E PROCESSO: A DISTÂNCIA NECESSÁRIA

Quando do encerramento do capítulo anterior, ficou dito que o tempo presente é de superação daquela ferrenha dicotomia entre direito e processo, que se nos primórdios do pensamento processualista serviu, e muito bem, para que os contornos do sistema processual fossem extremados e para que os seus institutos essenciais fossem lapidados, nos dias que correm, tem servido à supervalorização do processo, em detrimento de suas finalidades vitais, de seus escopos centrais. Dito de outra forma, seria a valorização do instrumento em detrimento do seu objetivo.

Cândido Rangel Dinamarco dá conta de que a tese dualista de Chiovenda<sup>291</sup>, que vê na jurisdição não uma atividade criativa do direito, mas uma atividade de atuação da lei preexistente, tem prevalecido nos ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, em contraposição à tese unitária defendida por Carnelutti e Calamandrei, que viam no processo verdadeiro mecanismo de criação da lei para o caso concreto<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> “Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” CHIOVENDA, op. cit., v. 2, p. 8.

<sup>292</sup> “La voz proceso sirve, pues, para indicar *un método para la formación o para la aplicación del derecho* que

Dinamarco exorta o acerto da corrente dualista, ao fundamento da preexistência dos direitos, que se afloram sem qualquer necessidade de intervenção judicial, tanto assim que na imensa maioria das vezes são cumpridos pelos seus coobrigados, sem que deles sequer tenha notícia o Poder Judiciário; no que aflorado o desacerto da corrente unitarista, quando infere que apenas em Juízo o direito do caso concreto, a “justa composição da lide” teria lugar. Confira-se:

A realidade da vida mostra que direitos e obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, na grande maioria, sem qualquer interferência judicial e sem a intercessão de qualquer outro meio de participação ou composição. Cumprir obrigações e respeitar direitos constituem, afinal, o que se chama *vida fisiológica* dos direitos. As transgressões são a *patologia*. A vida dos direitos é firmemente calcada na premissa da preexistência das situações jurídicas de direito material em torno das quais se desenvolvem os processos em juízo<sup>293</sup>. (grifos do autor).

De outra parte, a despeito disso, ou seja, apesar dessa consciência a respeito da dualidade do sistema jurídico, a despeito da certeza de que, efetivamente, existem dois planos jurídicos distintos, um substantivo e outro “adjetivo”, é preciso que esses planos jurídicos, a bem da própria proficiência do ordenamento jurídico e, mais ainda, a bem do atingimento dos escopos da jurisdição, já descritos em linhas passadas, se aproximem e mesmo se entrelacem.

Com efeito, nos dias de hoje, se existe uma palavra capaz de definir o estágio atual do relacionamento entre os planos substancial e processual, entre “direito” e “processo”, essa palavra é *permeabilidade*.

O mesmo Dinamarco, depois de valorizar as conquistas científicas acerca da autonomia do direito processual, reconhece que no plano concreto, quando se ultrapassam as especulações abstratas e meramente doutrinárias, percebe-se nítida aproximação entre institutos francamente processuais e questões claramente substanciais. É assim com os diversos tipos de procedimento, com a questão da competência, com o problema do ônus da prova, com a coisa julgada - temas estes afetos também ao direito material<sup>294</sup>. Fala-se mesmo em “faixas de estrangulamento” ou em “momentos de intersecção” entre direito processual e direito material<sup>295</sup>, e também em “institutos bifrontes”, assim entendidos

---

tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga, realmente la paz y, por tanto, sea *justa y cierta*: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer.” CARNELUTTI, Instituciones, p. 22.

<sup>293</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 137

<sup>294</sup> Ibidem, p. 46

<sup>295</sup> Ibidem, p. 45

aqueles cujo exame demanda análises tanto pelo flanco do direito processual, quanto pelo lado do direito material<sup>296</sup>.

Aliás, bem pensadas as coisas, a própria admissão do direito de ação, no sistema processual brasileiro, leva em conta o direito material, na exata medida em que as condições da ação a que se refere o artigo 267, inciso VI do CPC - possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir -, que funcionam como instrumentos de seleção ou de filtragem acerca do efetivo detentor do direito de ação<sup>297</sup>, têm por base o direito material. José Roberto dos Santos Bedaque, a respeito não só das condições da ação, mas também dos pressupostos processuais, por ele englobados como “requisitos de admissibilidade”, entende possível a própria inversão na ordem de análise pelo juiz, que, em certas situações, poderá julgar o mérito da demanda, ainda que ausente algum desses requisitos de admissibilidade<sup>298</sup>. Dito de outra forma: seria possível enfrentar o mérito de uma demanda, ainda que presentes determinados óbices de cunho processual, o que será melhor visto em tópico específico.

Em verdade, essa permeabilidade de que se cuida aqui é muito mais abrangente do que o mero entrelaçamento entre institutos jurídicos. Trata-se de reconhecer o comprometimento axiológico das instituições processuais para com o resultado socioeconômico e político das decisões produzidas no sistema judicial, como assevera Dinamarco<sup>299</sup>; do que não destoia Marinoni, que, em interessante figuração, fala na “costura” dos planos do processo e do direito material, com “as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais”<sup>300</sup>.

É preciso, portanto, não deslembrar que o juiz está inserido no universo axiológico da sociedade em que vive, e ali, como intérprete qualificado e legitimado, haverá de solucionar o caso concreto, diante de suas especificidades e dos valores que, naquele momento, o circundam<sup>301</sup>. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, depois de dizer que

<sup>296</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 50

<sup>297</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 107

<sup>298</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 177

<sup>299</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 41

<sup>300</sup> “É óbvio que o conceito de tutela dos direitos deita raízes no plano do direito material. Jamais se pretendeu sustentar – nem se poderia – o inverso. Acontece que, na decisão jurisdicional, há uma inquestionável integração e complementação entre os planos do direito material e do direito processual, mediante a visualização das necessidades do direito material a partir da Constituição. Portanto, o que se insiste em propor é a idéia de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das ‘tutelas de direitos’, e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual.” MARINONI, op. cit., p. 139.

<sup>301</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 47

o processo é um fenômeno cultural, fala da teoria tridimensional de Miguel Reale, para dizer que “o mundo jurídico lida com *valores*, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme enquadramento realizado pela norma”<sup>302</sup> - do que se pode aquilatar a própria importância do processo como instrumento de reconhecimento e aplicação do direito material, diante do fato e do contexto sociocultural em que fora aflorado.

E é também nesse sentido que Bedaque reconhece que o direito processual não pode prescindir do direito material, “sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos”, já que sua razão de ser outra coisa não é senão “assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas os meios adequados para a defesa de seus interesses”<sup>303</sup>.

Para bem compreender essa questão, aliás, afigura-se interessante argumentar com as lições de Ovídio A. Baptista da Silva, que, a respeito da natureza jurídica da ação, estrutura os seus argumentos em torno da “ação de direito material”.

Para esse autor, o direito subjetivo inadimplido faz surgir a “pretensão”, que nada mais é do que a faculdade de exigir a satisfação desse direito violado diretamente do ofensor. Mas até aí, ou seja, no nível da “pretensão”, ainda não se tem ação de direito material<sup>304</sup> - o que somente se afluirá quando, exigido o cumprimento do direito vindicado, este não se perfizer pela espontaneidade do obrigado. A partir desse momento, o cumprimento do direito vindicado somente se dará por intermédio de um “agir” do próprio titular do direito, forçando o devedor ao cumprimento da obrigação inadimplida, independentemente da vontade deste<sup>305</sup>.

E é nesse contexto que surge a “ação de direito processual”, pois como se sabe o Estado, na maioria dos casos, proíbe a justiça de mão-própria e no seu lugar oferece o aparato estatal. A ação processual seria, então, *o agir estatal que deve substituir o agir individual*. Confira-se a lição do mencionado autor:

---

<sup>302</sup> OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, 93

<sup>303</sup> BEDAQUE, Direito e Processo, p. 17

<sup>304</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 77

<sup>305</sup> “A distinção fundamental entre *pretensão e ação de direito material* está em que a pretensão – enquanto exigência – supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante *ato voluntário* do obrigado, ainda não ajo para a *satisfação*, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, *premiado por minha exigência*, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso *agir para a satisfação*, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação. A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.” BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 79-80.

Na generalidade dos casos, este agir para a realização há de ser veiculado através da ‘ação’ processual, ou seja, ao invés de o titular do direito agir privadamente para torná-lo efetivo ante a resistência do obrigado, deverá invocar a tutela jurídica estatal, a fim de que o órgão encarregado de prestar jurisdição, uma vez comprovada a existência do direito (eficácia declaratória da sentença) o realize no lugar de seu titular, desenvolvendo a atividade que este fora impedido de realizar. Quanto mais o Estado alargou, através da História, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a *ação de direito material* sem invocação da proteção jurisdicional<sup>306</sup>. (grifos do autor).

Em síntese: o direito violado faz surgir a “pretensão”, que é a faculdade de o titular do direito exigir o seu cumprimento por parte do ofensor; inadimplente este, mesmo depois de instado ao cumprimento, surge para o titular a “ação de direito material”, ou seja, a possibilidade de agir no sentido de obrigar o devedor ao adimplemento da obrigação; como são restritíssimas as hipóteses em que é possível uma tal conduta por parte do credor, é pela “ação de direito processual”, ou seja, pelo aparelhamento estatal, que este haverá de satisfazer o direito postulado.

A teoria de Baptista da Silva que, aliás, é também a de Pontes de Miranda<sup>307</sup>, a despeito de controvertida em certos aspectos<sup>308</sup>, serve de modo adequado aos propósitos deste tópico. Afinal, se o Estado proibiu a justiça de mão-própria e chamou para si a responsabilidade por imiscuir-se no conflito entre particulares, para, no lugar do ofendido, agir como se fora ele próprio, tutelando-lhe, não pode haver qualquer perplexidade em concluir que esse agir estatal, essa “prestação jurisdicional”, deverá aproximar-se, o quanto possível, senão daquilo que faria o ofendido, certamente do resultado por ele almejado.

Do que se disse neste tópico, o que de importante deve ficar retido é a noção de aproximação entre direito material e direito processual, que não são ilhas distintas e isoladas, e sim rios que devem correr em paralelo, e que, em muitos momentos, se entrecortam e se misturam.

O processo é caudatário do direito material e assim deve ser encarado. Todos os institutos processuais deverão ser concebidos com os olhos postos na tutela desse direito material; daí a noção de instrumentalidade, de simplicidade, de funcionalidade, de pragmatismo – nada que desnature, entretanto, toda a construção

<sup>306</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 80

<sup>307</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller Editora, 1998, t. 1, p. 124

<sup>308</sup> Quem o diz é Bedaque (Direito e Processo, p. 16).

científica acerca do direito processual. Andrea Proto Pisani fala de “interdependência” entre direito processual e direito substancial, e reconhece que, na verdade, o direito processual não poderia existir sem o direito substancial, assim como este nada seria sem aquele<sup>309</sup>.

Processo, portanto, é instrumento; deve aproximar-se do direito material, pois o seu objetivo primordial será sempre a tutela deste; tem grande importância para a vida das pessoas, para a dignidade humana, para o Estado Democrático de Direito. Mas é meio e não fim.

Esse, aliás, será o tema do próximo tópico.

### **3.2 PROCESSO E INSTRUMENTO: A VISÃO ADEQUADA**

Como se tem dito ao longo deste trabalho, o reconhecimento da ação como direito abstrato e autônomo, assim como a concepção do processo como relação jurídica distinta da relação de direito material controvertida, propiciou à ciência processual grande progresso, a ponto de poder desvincular-se o direito processual do direito material.

Entretanto, e como também já destacado em momento anterior, esse hiato entre direito e processo, nos dias atuais, não mais se justifica, ou pelo menos não precisa ser tão intenso, em face não só da maturidade alcançada pela ciência processual, mas também em função da necessidade de o processo voltar-se à sua própria razão de ser: a pacificação com justiça.

Bem por isso, é primordial que se tenha em conta a feição publicística e instrumental do processo. O processo, já se disse em momento anterior, não é coisa das partes ou um negócio em família, mas instrumento ético de solução de controvérsias, proporcionado pelo Estado e com vistas ao atingimento de escopos também por ele estabelecidos. Por isso mesmo toda a grandeza do processo, toda a importância e toda a magnitude que se lhe possam atribuir, como método estatal destinado à pacificação social, haverão de ser medidas não a partir do seu interior, de suas entranhas, e sim pelo ângulo

---

<sup>309</sup> “Come, infatti, il diritto processuale non potrebbe esistere senza il diritto sostanziale (indispensabilità del diritto sostanziale), così – è ora da aggiungere – il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Pur nella diversità, vi è una stretta interdipendenza (cioè dipendenza reciproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale. (Como, de fato, o direito processual não poderia existir sem o direito substancial (indispensabilidade do direito substancial), assim – é hora de adicionar – o direito substancial não poderia existir sem o direito processual. Apesar da diversidade, existe uma estreita interdependência (isto é, dependência recíproca) entre direito substancial e direito processual).” (tradução nossa). PISANI, op. cit., p. 5.

daquele que o observa pelo lado de fora, pelo seu âmbito exterior; e que por isso mesmo tem condições de aferir a sua utilidade num contexto muito mais amplo – o do exercício do poder estatal.

É dizer: o processo é importante não pelo que é, mas pelo que pode proporcionar<sup>310</sup>.

Piero Calamandrei identificava três institutos fundamentais do direito processual – jurisdição, ação e processo -, sendo que o primeiro desses elementos, a jurisdição, conceituava Calamandrei como a atividade exercida pelos juízes, com caracteres e finalidades especiais; o segundo desses elementos, a ação, dizia o autor referido, tratar-se da formulação do “*thema decidendum*”; o terceiro desses elementos, o processo, seria o método pelo qual se põem em contato a jurisdição e a ação<sup>311</sup>.

Nos dias atuais, Cândido Rangel Dinamarco, tratando da Teoria Geral do Processo, detecta como institutos fundamentais do direito processual a jurisdição, a ação, a defesa e o processo, explicando que a ação é o poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição; a defesa teria o condão de propiciar a todos os envolvidos o direito de influir na decisão a ser proferida; e o processo seria o plano a partir do qual os demais elementos seriam coordenados<sup>312</sup>.

Nesse contexto, sustenta o autor, deve defluir com muita naturalidade que o centro de gravidade do sistema processual não está no processo – método de exercício da jurisdição -, senão que na própria jurisdição<sup>313</sup>, parcela do poder estatal cujos escopos dizem da pacificação social com justiça.

Uma tal inferência apresenta-se mais clara ainda, quando se tem em conta a premissa, apontada por Dinamarco, de que “processo” para os fins aqui traçados será sempre pautado pelo “poder”<sup>314</sup>; e poder, no caso o poder jurisdicional, sempre envolverá

---

<sup>310</sup> “Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. O significado político do processo como *sistema aberto*, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade.” DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 97.

<sup>311</sup> CALAMANDREI, Instituciones, p. 109-110

<sup>312</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 91

<sup>313</sup> Ibidem, p. 92

<sup>314</sup> “Em um conceito mais amplo que o de processo jurisdicional, direito processual estatal é a *disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados*”. (grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 84.

questões muito caras à própria democracia, em especial modo o valor “liberdade”<sup>315</sup>, daí a necessidade da planificação e do controle desse poder.

Com efeito, dentre os institutos que formam a base da ciência processual - jurisdição, ação, defesa e processo -, não pode haver dúvidas de que é na jurisdição que tudo se centraliza, pois ali reside o poder estatal. O processo, nesse diapasão, só se justifica como instrumento para que a jurisdição se materialize. Confira-se, mais uma vez, Dinamarco:

A ordem processual, como sistema aberto, ou *dependente*, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina jurisdição).<sup>316</sup> (grifos do autor).

É dizer, portanto, que a feição instrumental do processo se evidencia exatamente no momento em que se afloram os escopos da jurisdição, quando se mensuram os objetivos dessa função estatal, e não quando os olhos se voltam para o modo como essa função será exercida. Afinal, pacificar conflitos, educar as pessoas para a observância dos direitos, fortalecer as instituições políticas, atuar a vontade concreta da lei, fazer cumprirem-se os direitos fundamentais (item 1.3 deste trabalho), é obra que só pode tocar ao Estado, pelo exercício de uma de suas funções primordiais, a jurisdição, e não ao processo, instrumento pelo qual ela, a jurisdição, se materializa.

É disso que fala Marcos Vinícios Rios Gonçalves, citado por Fernanda Heloisa Macedo Soares e Maiara Cristina Lima Massine, quando reconhece que “o processo não é um bem a que se aspire por si mesmo, mas um meio de obter a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social”<sup>317</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque também aborda a questão da instrumentalidade do processo, para dizer que

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

<sup>315</sup> “Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da sujeição, como culto ao valor *liberdade*, inerente ao Estado-de-direito”. (grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 88.

<sup>316</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 95-96

<sup>317</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícios Rios, apud SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MASSINE, Maiara Cristina Lima. O Processo como Instrumento do Estado Democrático de Direito. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 13, p. 198

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<sup>318</sup>.

Em verdade, processo é o “aspecto dinâmico” do poder jurisdicional. Regras e princípios que, de alguma forma, condicionam e delimitam o seu desenvolvimento, outra coisa não fazem senão condicionar e delimitar a própria jurisdição, e apenas em segundo plano se referindo ao processo. O próprio direito processual é a disciplina jurídica da jurisdição e não do processo, propriamente considerado<sup>319</sup>.

Nesta altura, é importante registrar posicionamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que parece destoante do que aqui se defende, mas bem analisado, apresenta inúmeros pontos de convergência. Referido autor discorda de Dinamarco, quanto à colocação da jurisdição como centro da teoria do processo, inferindo tratar-se de postura “unilateral” que ignora a feição participativa e democrática ostentada pela relação processual<sup>320</sup>. Contudo, logo em seguida admite que “a técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor”. O objetivo final do processo, assevera Alvaro de Oliveira, “já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”<sup>321</sup>.

Com efeito, tal posicionamento não difere, em grande medida, a não ser pelas palavras utilizadas, do que aqui se vem sustentando, pois colocada a jurisdição ao centro da teoria geral do processo, como se faz neste texto, não se descarta dos próprios escopos a serem alcançados pela jurisdição e da própria permeabilidade axiológica que lhe deve informar. E essa permeabilidade quem operacionaliza é o processo, graças ao seu feito instrumental e mesmo participativo<sup>322</sup>.

O objetivo não é e nunca foi desvalorizar o processo, negar-lhe importância. O que se pretende, tão-somente, é situá-lo no contexto dos próprios valores

<sup>318</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 61-62

<sup>319</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 134-135

<sup>320</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 21-22

<sup>321</sup> Ibidem, p. 23

<sup>322</sup> “Por outro lado, a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e *participação* que não pode ser obstada aos interessados. A participação, portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce.” (Grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 133.

constitucionais em jogo. Como dito antes, a importância do processo está em reconhecer a sua feição instrumental<sup>323</sup>. O processo deve voltar-se para a realidade da vida, deve satisfazer o direito material, sem o qual sequer deveria existir - o que não significa que tal mecanismo de solução de controvérsias não deva propiciar a participação dos interessados, de forma a influírem na decisão a ser proferida, muito menos virar as costas para a democracia que ali se materializa<sup>324</sup>.

Em discurso de posse como juiz titular no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Dinamarco já reconhecia a inafastável condição de instrumento ostentada pelo processo, “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica”, dizia ele, “mas nada mais do que instrumento”<sup>325</sup>.

Processo civil, portanto, “é um método para a solução dos conflitos, e mais precisamente é o método institucional para resolver controvérsias”, como diz Michele Taruffo<sup>326</sup>.

Como leciona Kazuo Watanabe, do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que fundaram a ciência processual, partem os cultores do processo de hoje na busca de um instrumentalismo efetivo, cuja intenção não é negar os resultados até aqui alcançados, mas alçar novos patamares, adaptar e reformular antigos institutos processuais, ou mesmo criar outros, mais afeitos à realidade sociojurídica a que se destinam<sup>327</sup>.

E esse é o lema que deve conduzir às principais conclusões que aqui se devem aflorar. A instrumentalidade do processo, para o que interessa a este estudo, deve ser considerada como uma nova forma de pensar o processo ou mais do que isso, deve ser

---

<sup>323</sup> “O valor do procedimento e das situações ativas e passivas que o apóiam (relação jurídica processual), ou seja, o valor do *processo* reside na capacidade que tenha de dar livre curso ao exercício adequado efetivo e eficiente da ação e da defesa, para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política.” (Grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 95.

<sup>324</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende que o processo deve ser colocado no centro da teoria processual, ao fundamento de que com isso se valoriza o papel de todos que do processo tomam parte, assim como o *modelo cooperativo de processo civil*, o que seria inerente à democracia constitucional (Curso, p. 22). Mas valorizar a jurisdição e colocá-la ao centro do sistema processual não parece desmerecer essas considerações – muito ao contrário disso, a jurisdição como poder estatal, decerto que não pode ser exercido ao arrepio da democracia na qual está imersa.

<sup>325</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 318

<sup>326</sup> “Il punto di partenza per un’analisi attendibile del processo civile può essere costituito da una definizione secondo la quale *il processo civile è un metodo per la soluzione di conflitti*, e più precisamente *è il metodo istituzionale per risolvere controversie*.” (O ponto de partida para uma análise confiável do processo civil pode ser constituído de uma definição segundo a qual o processo civil é um método para a solução dos conflitos, e mais precisamente é o método institucional para resolver controvérsias). (tradução nossa, grifos dos autores) COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul Processo Civile: Il processo ordinario di cognizione**. 5. ed. Bolgna: Il Mulino, 2011, v. I, p. 15.

<sup>327</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseler, 2000, p. 20-21

uma espécie de redenção do próprio processo, que não pode mais ser o centro das atenções - atitude que lhe retirou efetividade - e sim ser a ferramenta com a qual deve trabalhar o operador do direito, ou o meio pelo qual se deve expressar a própria jurisdição.

O processo deve ser colocado no seu devido lugar: como instrumento pelo qual o Estado exerce jurisdição, e dessa forma reconhece direitos, pacifica conflitos, empreende democracia. E nisso, obviamente, não vai nenhum demérito.

### 3.3 PROCESSO E FORMA: O MÍNIMO NECESSÁRIO

Antes de tudo, é preciso dizer, ou reiterar que, quando se fala em “formalismo” como óbice à efetividade do processo, decerto que não se está a pretender que o processo se desenvolva livremente, sem que os procedimentos pelos quais se deva empreender a prestação jurisdicional contenham um mínimo de forma, necessário à própria segurança dos jurisdicionados.

José Frederico Marques, depois de explicar que “a forma do ato processual constitui o traço que imprime juridicidade às operações que nele se cristalizam, visto que só em função da forma adquirem os atos processuais existência e relevância jurídica”<sup>328</sup>, detecta a presença de dois princípios antinômicos a reger a questão dos atos processuais – o princípio da liberdade das formas e o princípio da legalidade das formas -, reconhecendo que o primeiro desses princípios, o da liberdade das formas, não é de aplicação correntia, na medida em que a sua implementação “conduziria ao arbítrio e à incerteza, quando não à preponderância da vontade instável e flutuante dos sujeitos do processo e seus auxiliares”<sup>329</sup> – o que significa dizer que a forma do ato processual, prevista e regulamentada, é elemento indispensável à materialização das próprias garantias constitucionais processuais, bem assim o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa.

É nesse sentido que o mesmo autor empreende uma visão didática à questão, quando diz que pelo princípio da legalidade das formas se concebe não uma “fotografia do ato” (o ato já realizado), mas um “modelo”, uma descrição prévia de como o ato deve ser praticado<sup>330</sup>.

<sup>328</sup>MARQUES, op. cit., v. II, p. 295

<sup>329</sup>Ibidem, p. 296

<sup>330</sup>Ibidem, p. 296

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também reconhece a utilidade das formas processuais, e mesmo a sua imprescindibilidade. Para esse autor, tanto a liberdade de forma concedida às partes, quanto a ilimitada soberania do juiz na condução do procedimento levariam à desordem processual e à insegurança do direito, por isso a sua preferência pelo sistema da legalidade da forma, “com os temperamentos possíveis”<sup>331</sup>. Aliás, esse mesmo pesquisador fala em “formalismo-valorativo”, que, na sua visão, constitui o equacionamento adequado das relações entre direito e processo e entre processo e Constituição, por isso mesmo influenciado esse “formalismo-valorativo” pelos valores mais caros ao próprio Estado Democrático de Direito: justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança<sup>332</sup>. Esse formalismo, em sentido amplo, seria a própria delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos envolvidos no processo, assim como o estabelecimento das próprias fronteiras nas quais deve atuar a atividade jurisdicional<sup>333</sup>.

Essa é também a lição de Cândido Rangel Dinamarco, ao dizer que o direito processual é eminentemente formal, porque as formas são uma imposição de segurança, destinadas a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual. Segundo este autor, “o que se renega no direito formal é o formalismo, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma”<sup>334</sup>.

Nesse contexto, o formalismo que aqui se elege como concausa da morosidade da prestação jurisdicional e como fator de deslegitimação do próprio Poder Judiciário diz respeito ao desvirtuamento da forma, que, de elemento de segurança propiciado aos jurisdicionados, destinado a cumprir o princípio do devido processo legal e a dar vazão ao primado da inafastabilidade da jurisdição, passa a servir como válvula de escape àquele que no processo não tem razão e que se utiliza das formas processuais como um jogo de cartas, no qual mais valha a astúcia do “jogador” do que a verdade dos fatos; ou ainda quando utilizada a forma ou o formalismo de modo a retardar a definitiva solução da demanda, ainda que involuntariamente, muitas vezes até por aquele que é

---

<sup>331</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 169

<sup>332</sup> Ibidem, p. 22

<sup>333</sup> “A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedece a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litúgio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.” OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 28.

<sup>334</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 40.

considerado o reitor do processo - o próprio juiz da causa.

Enrico Tullio Liebman já teve oportunidade de manifestar-se a respeito deste tema, dizendo da necessidade de as formas processuais serem reconhecidas como importante instrumento de resguardo das partes envolvidas na demanda processual, garantindo-lhes “regular e leal desenvolvimento do processo”, o que, entretanto, não deve significar o sacrifício do próprio direito material que pelo processo se pretenda tutelar. Há que conciliar, o quanto possível, a substância do direito material envolvido e a segurança processual dos jurisdicionados em conflito. Confira-se:

As formas processuais respondem a uma necessidade de ordem, de certeza, de eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de regular e leal desenvolvimento do processo e de respeito dos direitos das partes. O formalismo é necessário no processo muito mais que nas outras atividades jurídicas. De outra parte convém evitar, o quanto possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; convém impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito. Necessário por isso que o legislador, no regular as formas, que são em grande parte o resultado de uma tradicional experiência que se acumula dos séculos, proveja adaptar-lhes às necessidades e aos costumes de seu tempo, eliminando o excessivo e o inútil; e necessário ainda que o intérprete não esqueça que esses são os meios e não os fins. Por esses critérios está, como veremos (adiante, ns. 104, 117), informada a lei vigente, que se vê constringida a harmonizar as diversas exigências, ditando um regulamento de formas inspirado a salvar, em cada caso, na medida máxima possível, tanto a substância do direito quanto a certeza das situações processuais.<sup>335</sup> (tradução nossa)

Bem por isso, não pode haver qualquer relutância em reconhecer que as formas processuais são sadias, necessárias, mas o “formalismo”, assim entendido o desvirtuamento das formas processuais, a sua degeneração, constitui entrave à própria efetividade do processo, como instrumento de pacificação social.

Humberto Theodoro Júnior, em obra já citada neste trabalho, fala das “formalidades essenciais do procedimento”, e de como essas formalidades devem ser flexibilizadas, em prol de um processo mais célere<sup>336</sup>. Aliás, nessa mesma obra, o autor reconhece que a “causa mais comum da lentidão processual é, todos o sabem, o apego

---

<sup>335</sup>“Le forme processuali rispondono a una necessità di ordine, di certezza, di efficienza e la loro scrupolosa osservanza rappresenta una garanzia di regolare e leale svolgimento del processo e di rispetto dei diritti delle parti. Il formalismo è necessario nel processo molto più che nelle altre attività giuridiche. D'altra parte occorre evitare, per quanto possibile, che le forme siano un ingombro e un ostacolo al pieno conseguimento dello scopo del processo; occorre impedire che la cieca osservanza della forma soffochi la sostanza del diritto. Bisogna perciò che il legislatore, nel regolare le forme, che sono in gran parte il risultato di una tradizionale esperienza che si accumula da secoli, provveda ad adattarle alla necessità e ai costumi del suo tempo, eliminando il troppo e l'inutile; e bisogna ancora che l'interprete non dimentichi che esse sono dei mezzi e no dei fini. A questi criteri è, come vedremo (avanti, nn. 104, 117), informata la legge vigente, che si è sforzata di contemperare le diverse esigenze, dettando un regolamento delle forme ispirato a salvare in ogni caso, nella misura massima possibile, tanto la sostanza del diritto quanto la certezza delle situazioni processuali.” LIEBMAN, Manuale, p. 209-210.

<sup>336</sup>THEODORO JÚNIOR, O Cumprimento da Sentença, p. 75.

injustificado ao formalismo exagerado, que, infelizmente, teima em permanecer enraizado no núcleo dos sistemas processuais latinos<sup>337</sup>.

No mesmo sentido, são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ao alertar sobre a possibilidade de a parte, mesmo se valendo de formalidades previstas na lei, ou seja, legalmente permitidas, utilizá-las de modo abusivo, acoessando a parte contrária e obrigando-a a acordos judiciais que lhe sejam maléficis, exatamente pelo retardamento injustificado quanto à solução da demanda<sup>338</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira fala em “formas residuais”, por ele entendidas como formas sem sentido, que a despeito disso ainda permanecem no sistema, assim como em “fetichismo da forma”, como supervalorização da forma em si mesma ou a sua degeneração<sup>339</sup>.

O que se pretende neste trabalho, portanto, é demonstrar que a forma dos atos processuais, como mecanismo necessário à segurança dos jurisdicionados e à legitimação do poder estatal, nunca será descartada, já que seu fundamento está no próprio princípio do devido processo legal - o que não pode significar, entretanto, que a sua imprescindibilidade seja levada às últimas consequências, comprometendo a própria efetividade do processo como método de solução de controvérsias.

É dizer, como fecho para este tópico, que a instrumentalidade do processo não abomina a forma como signo de segurança dos jurisdicionados e controle do poder, mas, inquestionavelmente, deve inspirar toda e qualquer regra que disponha sobre a forma processual, assim como toda e qualquer interpretação a seu respeito, exatamente para que o formalismo não se agigante e absorva as melhores energias que possam defluir do processo.

E nisso se adentra a uma espécie de “zona grise” entre formalismo e instrumentalismo, uma área cinzenta na qual afluem formas processuais necessárias à “saúde” do processo, e formas processuais desnecessárias, que mais contribuem para o adoecimento do “paciente”, do que para sua cura. Na síntese feliz de Dinamarco, não é

<sup>337</sup>THEODORO JÚNIOR, O Cumprimento da Sentença, p. 76.

<sup>338</sup> “Não raro se ouve alguém argumentando que o autor deve fazer um acordo em razão de que ainda terá de aguardar muito o desfecho do processo. Réus mais cínicos chegam a dizer que, na falta de acordo, vão se valer de todas as manobras possíveis para que o processo dure o maior tempo possível. Tal acordo, como é óbvio, terá de dar algo ao réu em troca da demora, admitindo que o tempo do processo é um problema do autor, ou deve necessariamente ser por ele suportado. Essa questão já foi objeto de preocupação da doutrina italiana, que advertiu, ao tratar das ações de ressarcimento propostas contra as seguradoras, que a demora do processo serve para desencorajar os acidentados a propor demandas e a induzi-los a aceitar transações não vantajosas.” MARINONI, op. cit., p. 188.

<sup>339</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 265

“desprocessualizar” a ordem jurídica, e sim “desmitificar” o próprio sistema processual<sup>340</sup>.

O próximo tópico cuidará desta questão, ao menos para estabelecer até que ponto formas processuais devem ser consideradas vitais ao desenvolvimento do processo, e a partir de que ponto elas devem ser suplantadas.

### 3.4 FORMALISMO E INSTRUMENTALISMO

Na esteira do que se vem argumentando ao longo deste capítulo, em especial modo no que se refere ao enfoque da instrumentalidade que se deve empreender à questão processual, e do formalismo como o excesso a ser combatido; assim como considerada ainda aquela “zona grise” antes referida, na qual se mesclam formas processuais úteis e formas processuais inúteis, apresenta-se necessário abordar o próprio ato jurídico processual pelo seu aspecto dogmático.

Pontes de Miranda classificava os “fatos jurídicos lato sensu” em quatro categorias: fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*<sup>341</sup>. E para estes últimos, os atos jurídicos *stricto sensu*, os que interessam diretamente a este estudo, dizia aludido autor reservar-se a compreensão de que “no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação escolha a escolhido”<sup>342</sup>. Francesco Carnelutti também o fazia, dizendo que, em relação aos atos jurídicos em sentido estrito, “o Direito põe o efeito jurídico a serviço da finalidade prática do ato. Trata-se, pois, de atos que o Direito faz realizar, e não simplesmente deixa realizar, a quem queira conseguir uma determinada finalidade”<sup>343</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque, enfatizando que os atos processuais constituem atos jurídicos *stricto sensu*, os descreve como acontecimentos cujas conseqüências são impostas pelo próprio ordenamento jurídico, desimportando o conteúdo da vontade que os determinou. Segundo o autor, “embora imprescindível seja ela [a vontade] manifestada validamente, irrelevante o objetivo perseguido pelo agente, visto

<sup>340</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 317

<sup>341</sup> PONTES DE MIRANDA, Tratado das Ações, t. 1, p. 25

<sup>342</sup> Ibidem, p. 31

<sup>343</sup> CARNEUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Marins de Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. III, p. 111

que a conseqüência é aquela anteriormente prevista pelo ordenamento”<sup>344</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco fala da explícita opção do legislador processual brasileiro ao que chama de “premissa do escopo como pressuposto de validade do ato”, quando, no artigo 154 do CPC, reputa válidos atos processuais que, embora realizados de modo diverso do previsto na lei, atendam à finalidade essencial para a qual foram concebidos<sup>345</sup>. Mais à frente, nessa mesma obra, referido autor destaca que “o estudo dos defeitos dos atos processuais confina-se por isso, *quase rigorosamente*, no campo da capacidade de cada um deles em relação ao escopo que deve realizar”<sup>346</sup>.

E a isso também se refere Luigi Paolo Comoglio, quando explica que a forma dos atos processuais não se identifica apenas com a “morfologia”, ou seja, não pode ser vista apenas pelo seu aspecto extrínseco, abarcando também o objeto ou o seu conteúdo típico, disso extraindo expressão correntia na doutrina italiana no sentido da “forma-conteúdo”, com a qual se identifica uma combinação mínima entre a forma exterior do ato e os requisitos essenciais do seu conteúdo. Nesse contexto, “prevalentemente, portanto, a disciplina do processo se ocupa de tal forma-conteúdo e dos efeitos que de cada ato derivam por direta vontade da lei, desinteressando-se pela vontade ou pela intenção subjetiva do agente”<sup>347</sup>.

Andrea Proto Pisani enfatiza a questão do escopo como medida de validade dos atos processuais, e destaca que “não subsiste contraposição entre atos e poderes processuais: os atos processuais outros não são que atos de exercício dos poderes processuais”<sup>348</sup>.

É dizer, portanto, que nos atos jurídicos *stricto sensu*, do que é exemplo o ato processual, a vontade comparece apenas para a inserção do ato no mundo jurídico, sem

<sup>344</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 419

<sup>345</sup> DINAMARCO, Instituições, v. II, p. 550

<sup>346</sup> Ibidem, p. 598 (grifos do autor)

<sup>347</sup> “La forma degli atti non ne identifica soltanto la morfologia (o, se si vuole, l’estrinseco), ma ne circoscrive anche l’oggetto o il contenuto tipico (in altri termini, lo schema intrinseco: artt. 132, 163 e 414). Da qui deriva, nell’uso dottrinale, l’espressione ‘forma-contenuto’, con cui si designa una combinazione minima tra la forma esteriore dell’atto ed i requisiti essenziali del suo contenuto. Prevalentemente, quindi, la disciplina del processo si occupa di tale forma-contenuto e degli effetti che da ciascun atto derivano per diretta volontà di legge, disinteressandosi della volontà o dell’intenzione soggettiva dell’agente.” (A forma dos atos não identifica apenas a morfologia (ou, se se pretende, o extrínseco), mas circunscreve também o objeto ou o conteúdo típico (em outros termos, o esquema intrínseco: arts. 132, 163, 414). Do que deriva, no uso doutrinário, a expressão ‘forma-conteúdo’, com o qual se designa uma combinação mínima entre a forma exterior do ato e os requisitos essenciais do seu conteúdo. Prevalentemente, portanto, a disciplina do processo se ocupa de tal forma-conteúdo e dos efeitos que de cada ato derivam por direta vontade da lei, desinteressando-se pela vontade ou pela intenção subjetiva do agente – tradução nossa). COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 367:

<sup>348</sup> “Non sussiste contrapposizione tra atti e poteri processuali: gli atti processuali non sono altro che atti di esercizio di poteri processuali.” PISANI, op. cit., p. 214.

que tal vontade possa delimitar ou constringer os efeitos jurídicos a serem produzidos<sup>349</sup> - na exata medida em que tais efeitos só poderão ser aqueles previstos pelo direito objetivo. No que se refere ao ato jurídico processual, Vicente Ráo posiciona-se de modo parecido e inspira-se em Chiovenda, para dizer que

E com relação aos atos jurídicos (não negociais), escreve Chiovenda que como tais se consideram os revestidos de importância jurídica quanto à relação processual (e não quanto aos direitos), isto é, os que, como consequência imediata, produzem a constituição, ou conservação, ou desenvolvimento, ou definição de uma relação processual, podendo proceder da parte, ou dos órgãos judiciários. Segundo a teoria tradicional e latina dos atos jurídicos, estes últimos atos, a que Chiovenda alude, seriam considerados como fatos ou atos voluntários cujos eventuais efeitos jurídicos em relação ao direito das partes não são visados diretamente por sua vontade que, ao praticá-los na direção da relação processual, tende apenas a conservá-la, ou a lhe dar vida, ou desenvolvimento, ou definição. Por palavras outras: esses efeitos são determinados por lei e não, livremente, pela vontade das partes<sup>350</sup>.

Como se vê, os sujeitos que comparecem à relação processual, fazem-no por vontade própria, praticando atos jurídicos que lhe estejam afetos, inserindo-os no mundo jurídico, em especial modo no contexto do processo judicial. Mas a despeito disso, os efeitos jurídicos decorrentes desses atos processuais serão aqueles a que a lei dá vazão, e não exatamente aqueles queridos pelos agentes.

E plenamente justificado que assim o seja, porque o processo judicial, já se disse, é relação jurídica de direito público, cuja finalidade maior é o atendimento ao interesse público e só em segundo plano ao interesse particular – daí a inferência de que no processo confluem princípios jurídicos que, abstratamente contrários, haverão de ser conciliados no plano prático, pois assim exigem os objetivos superiores da jurisdição como poder estatal<sup>351</sup>.

E é nesse contexto que devem ser inseridas as lições de J.J. Calmon de Passos, que também reconhece nos atos jurídicos *stricto sensu* a centralidade do resultado como única condicionante da “qualificação” ou da “desqualificação” do ato praticado<sup>352</sup>.

<sup>349</sup> PONTES DE MIRANDA, Tratado das Ações, t. 4, p. 135

<sup>350</sup> RÁO, op. cit., p. 78

<sup>351</sup> “E no que diz respeito especificamente a este ramo de direito, ainda há outro aspecto a ser focalizado. O direito processual civil faz parte do direito público. E no direito público, há princípios que, abstratamente contrários, devem ser compatibilizados no plano prático, como, por exemplo, o da conformidade com a lei e o do atendimento ao interesse público. Isto faz com que no que tange, principalmente, aos *efeitos* seja impossível aplicar-se ao direito público a teoria das nulidades, concebida na esfera do direito civil. (grifos da autora)” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 150-151.

<sup>352</sup> “No que diz aos atos jurídicos em sentido estrito, assume particular relevo a circunstância de que o resultado, a consequência foi posta como um problema de determinação do direito objetivo, e é na direção desse resultado que se deve construir a desqualificação. Não há, pois, razão justificadora do perquirir a ‘intenção’ posta pela

Nesse sentido, reconhece o mencionado autor uma esfera jurídica em que as consequências preconizadas pelo direito objetivo atendem ao interesse público, e só secundariamente ao interesse individual. Nesse campo, diz o autor, o que predomina é o resultado previsto pelo direito objetivo, suplantando inclusive a análise sobre a adequação ou inadequação do comportamento concreto do agente, em comparação com aquele previsto na lei<sup>353</sup>. A mesma ideia-força preside o pensamento de Carnelutti, quando divide os atos jurídicos em “causais” e “formais”, nestes prevalecendo a forma e naqueles a causa. Segundo o referido autor, “quanto menos a causa importar, tanto maior será a importância da forma para a eficácia do ato”<sup>354</sup> - o que leva a compreender que o inverso também é verdadeiro: quanto mais a causa importar, menor deverá ser a influência da forma sobre o ato.

No que se refere aos atos processuais, especificamente considerados, leciona Bedaque que “relevantes, portanto, são as consequências do ato, não ele em si mesmo”<sup>355</sup>, do que se pode inferir, portanto, que os atos processuais são *causais* e não propriamente *formais*. Aliás, sobre este tema Alvaro de Oliveira recorre à doutrina alemã, para dizer que as formas processuais cogentes não devem ser consideradas como “formas eficaciais” e sim “finalísticas”, no sentido de se ligarem de modo instrumental às finalidades processuais, e assim impedindo o “entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo”<sup>356</sup>.

---

vontade do sujeito gente. O direcionamento de sua vontade, no particular, é irrelevante. Mas sua vontade (inicial) não o é. Assim, dois problemas devem ser equacionados: a adequação ou inadequação do suposto para autorizar a imputação prevista normativamente, e a existência da vontade inicial livre e mentalmente sã do agente.” PASSOS, J.J. Calmon. Esboço de uma Teoria das Nulidades. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 7-20, 1989.

<sup>353</sup> “Há uma esfera do jurídico em que as imputações efetivadas pelo direito objetivo atendem ao que poderemos chamar, para dar-lhes uma denominação, de interesse social, interesse público, ou interesses gerais, ou interesses indisponíveis, etc. Nota específica: o indivíduo se coloca numa posição de subordinação, considerado em segundo grau, no que diz respeito a sua individualidade, sua vontade e seus interesses. Nesse campo, o resultado previsto pelo direito objetivo é relevante e predominante. Por isso mesmo, prevalece sobre a adequação ou inadequação do comportamento concreto ao comportamento prescrito. Assim, a atipicidade (inadequação) não basta para a desqualificação. Ela é apenas relevante em segundo grau. Primordialmente, atende-se ao resultado alcançado na prática e ainda quando o ato se tenha consumado por forma não típica, a invalidade inexistente, não é decretável nem reconhecível, em virtude da prevalência que a ordem jurídica empresta ao resultado (consequência) por ela previsto, que tendo sido alcançado, não pode ser descartado em favor da regularidade do suposto (tipicidade).” PASSOS, op. cit., p. 7-20.

<sup>354</sup> “A previsão (*fattispecie*) do ato causal, e não propriamente o ato em si, é mais rica do que no ato não causal. Compreende-se que a este se chame formal, visto que nele, na relação entre causa e forma, só esta é relevante, o que faz com que aumente a relevância da mesma; com efeito, quanto menos a causa importar, tanto maior será a importância da forma para a eficácia do ato.” CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Editora LEJUS, 1999, p. 419-420:

<sup>355</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 421

<sup>356</sup> “Ademais, como já se salientou no exame da doutrina alemã, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas ‘formas eficaciais’ (Wirkform), mas ‘formas finalísticas’ (Zweckform), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual,

E aqui se apresenta útil valer-se, novamente, das lições de Carnelutti, que conceitua os “interesses” como “posição favorável à satisfação de uma necessidade”<sup>357</sup> e os divide em “interesses imediatos” e “interesses mediatos” - os primeiros como “situações que servem diretamente à satisfação de uma necessidade”, e os segundos como situações que apenas indiretamente realizam esta finalidade<sup>358</sup>. Segundo o mencionado autor, a causa de um ato não reside num único interesse, mas numa cadeia de interesses que se concatenam, numa relação de meio e fim, sendo que “o interesse imediato do agente não é, nesta cadeia, mais do que o último elo, no qual paulatinamente se insere os vários interesses mediatos”<sup>359</sup>.

Nesse contexto, portanto, os atos processuais isoladamente considerados decerto que têm como interesses imediatos a serem satisfeitos aqueles relacionados ao processo, à relação jurídica processual desenvolvida de modo proficiente, em especial modo no que toca à sua constituição, à sua modificação, à sua manutenção ou à sua extinção, sendo que apenas mediatamente, indiretamente, podem dizer respeito a outros aspectos. É disso, aliás, que fala Comoglio, quando, em face do processo civil italiano, se refere aos “atos do processo” nos seguintes termos:

Com tal expressão, própria do art. 121 designam-se todas aquelas declarações ou manifestações de pensamento, bem como todos aqueles comportamentos, que os sujeitos do processo (partes, auxiliares, juiz, ministério público) põem em prática, nas formas estabelecidas ou consentidas pela lei, a fim de incidir – com efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos – sobre a dinâmica e sobre o desenvolvimento da relação processual<sup>360</sup>. (tradução nossa)

Do que se disse até aqui, é de reter-se que os atos processuais são atos “causais” ou “finalísticos”, no sentido de lhes tocar mais de perto e de modo mais importante o seu conteúdo ou a sua finalidade, e apenas de modo secundário a sua forma. E disso deve defluir, com muita naturalidade, que de atos processuais defeituosos podem

---

materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. Por esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada ‘além da matéria’, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma.” OLIVEIRA, *Do Formalismo no processo civil*, p. 273:

<sup>357</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, v. I, p. 55

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 55

<sup>359</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, v. III, p. 555

<sup>360</sup> “Con tale espressione dell’art. 121, si designano tutte quelle dichiarazioni o manifestazioni di pensiero, nonchè tutti quei comportamenti, che i soggetti del processo (parti, ausiliari, giudice, pubblico ministero) pongono in essere, nelle forme stabilite o consentite dalla legge, al fine di incidere – con effetti costitutivi, modificativi o estintivi – sulla dinamica e sullo svolgimento del rapporto processuale.” COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *op. cit.*, p. 365.

surtir efeitos válidos, desde que, mesmo defeituosos, atinjam o seu objetivo na relação processual em que levados a efeito.

Na verdade, em sede processual, mesmo no referente às nulidades cominadas pelo legislador, para o caso do descumprimento ou do cumprimento defeituoso do ato processual, o que se tem é presunção relativa - e nunca absoluta -, de que o ato não realizado pela forma prescrita causa prejuízo, desatendendo à sua finalidade. Mas se no caso concreto esse prejuízo, esse desatendimento não ocorre, a nulidade não pode ser considerada, porque a presunção foi suplantada pela realidade<sup>361</sup>.

Trata-se, portanto, da escolha entre dois valores: diante do valor formal do ato processual e do valor material relativo ao objetivo a ser alcançado, adota-se este último<sup>362</sup>. Aliás, como se tem insistido, não existe um valor interno ao processo. Tanto a relação processual como os atos jurídicos que lhe dão conjunto buscam referência ou encontram explicações nos fins a serem alcançados. Como diz José Roberto dos Santos Bedaque, “o que importa são os fins de cada ato e o escopo final do processo”<sup>363</sup>.

De outra parte, fixada a ideia de que os atos processuais são causais ou finalísticos, inseridos na categoria dos atos jurídicos em sentido estrito, cuja finalidade primordial é produzir a constituição, a conservação, o desenvolvimento e a manutenção de uma relação processual, independentemente da própria vontade do agente; e alcançada a inferência de que tais atos, ainda que defeituosos, constituem efeitos jurídicos válidos, pelo só fato de atingirem os escopos previstos pelo direito objetivo, chega o momento de se alargarem os horizontes a partir dos quais a questão deve ser observada.

Veja-se que tudo o que se disse até aqui teve por pano de fundo o ato processual, que, na verdade, é uma parte, um fragmento do processo ou da relação processual, principalmente se considerada a clássica definição de processo como conjunto de atos preordenados à consecução de um fim.

Nesse contexto, o princípio da instrumentalidade das formas ou a teoria da instrumentalidade das formas, se analisada de modo simplista, não é mais do que mero

---

<sup>361</sup> “O juízo inicial feito pelo legislador quanto à indispensabilidade do requisito formal para que o ato atinja seu escopo não prevalece se, no caso concreto, a falha não impedir esse resultado. A aparente contradição entre a exigência de determinado requisito sob pena de nulidade e a desconsideração do vício se atingida a finalidade se desfaz mediante a incidência do princípio da instrumentalidade da forma. Também o legislador o leva em conta ao regular o modo pelo qual o ato processual deve ser praticado. Ao fazê-lo, imagina situações em que, à primeira vista, há relação de dependência entre este e o objetivo. Mas essa formulação abstrata submete-se, em concreto, ao princípio maior, devendo ser sempre desconsiderado o vício se alcançado o fim”. BEDAQUE, *Efetividade do Processo*, p. 452-453.

<sup>362</sup> BEDAQUE, *Efetividade do Processo*, p. 59

<sup>363</sup> BEDAQUE, *Efetividade do Processo*, p. 430

aspecto *endossistemático* da ciência processual, voltada apenas para as nulidades processuais “*stricto sensu*”, que por isso mesmo não atende àquela imperiosidade já destaca em linhas passadas (item 3.2), no sentido de o processo ser mensurado pelo lado de fora da relação processual, exatamente porque os escopos da jurisdição - entendida esta como a função estatal que se veicula e se delimita pelo processo<sup>364</sup> -, situam-se ao externo da relação processual, no mundo da vida, onde a realidade acontece.

Bem por isso, a instrumentalidade cujo delineamento se pretende estabelecer neste tópico não é a mera instrumentalidade das formas processuais, que, neste passo, é apenas um dos aspectos a serem considerados. A instrumentalidade de que se cuida aqui parte da premissa de que o processo é um “fato social”<sup>365</sup>, que por isso mesmo se insere na vida das pessoas, de modo realístico e, muitas vezes, dramático, e não como mera abstração. Relembre-se daquela permeabilidade axiológica que deve marcar o processo, referida em outro momento deste trabalho (item 3.1).

A despeito disso, é fora de dúvida que é na visão teleológica própria da teoria da instrumentalidade das formas processuais que se deve buscar inspiração para a própria compreensão da instrumentalidade do sistema processual como um todo. Aquela “causalidade” a que se referiu Francesco Carnelutti, ou aquele conteúdo “finalístico” a que faz menção Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, como características próprias dos atos processuais, deve transbordar para fora da relação processual e emoldurar o próprio sistema processual, dando-lhe exatamente esse feitio instrumental. Afinal, *tudo no processo é instrumento*.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco fala da “instrumentalidade do sistema processual”, que na sua visão é diferente e maior do que a instrumentalidade das formas processuais, assim como o é em relação à instrumentalidade do processo estritamente considerado. Para o autor, a questão pode ser analisada por dois ângulos distintos: de um lado o aspecto negativo da instrumentalidade, que se traduz na consciência de que o sistema processual não é um fim em si mesmo, daí as suas limitações e o seu relativismo no confronto com o direito substancial e com as exigências sociopolíticas da comunidade em que fora inserido; de outro lado o aspecto positivo, representado pela própria efetividade do processo, que, como instrumento que é, deve ser

---

<sup>364</sup> “É comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro; trata-se da *dinâmica do poder*, entendido este em sua manifestação *sub specie jurisdictionis*.” (grifos do autor). DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 314.

<sup>365</sup> LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3

apto a exaurir por completo os escopos para os quais fora concebido, o que se traduz numa contínua busca pelo aprimoramento do sistema no rumo da afirmação de sua utilidade jurídica, social e política<sup>366</sup>.

É também assim que pensa José Roberto dos Santos Bedaque, quando prega a ampliação dessa visão instrumentalista, que deve ser estendida para todos os quadrantes do sistema processual, não se restringindo a determinado ato do procedimento, mas envolvendo o processo na sua totalidade. Bedaque fala em “sobredireito processual”, com isso se referindo a normas destinadas ao abrandamento das exigências formais, que “devem ser interpretadas em conformidade com o fim visado pela formalidade em si e pelo processo como um todo”<sup>367</sup>.

Fredie Didier Júnior também fala do princípio da instrumentalidade de modo amplificado, ao fundamento de que “a instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais”<sup>368</sup> (grifos do autor).

Andrea Proto Pisani lembra que o próprio direito processual é instrumental, porque atua quando o direito material não é observado espontaneamente, e o faz, exatamente, para que esse direito material lesado seja recomposto. Confira-se:

Enquanto o direito substancial é um sistema de normas direcionadas a resolver conflitos de interesses contrapostos, determinando os interesses prevalentes através da previsão de poderes, deveres e faculdades, o direito processual é constituído, ao invés, por um sistema de normas que disciplinam mecanismos mais ou menos complexos (processos) direcionados a garantir que a norma substancial seja implementada, também nas hipóteses de falta de cooperação espontânea por parte de quem está obrigado<sup>369</sup>. (tradução nossa)

Como se vê, a instrumentalidade que influencia o processo é muito maior do que aquela relacionada à forma dos atos processuais. Como leciona Galeno Lacerda, o processo tem conteúdo cultural no qual se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo onde estão refletidos os hábitos, os costumes, os símbolos, os métodos, as normas de comportamento de uma comunidade<sup>370</sup>.

As formas processuais não são um fim em si mesmo, e o próprio processo

<sup>366</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 314-316

<sup>367</sup> BEDAQUE, Efetividade de Processo, p. 61

<sup>368</sup> DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 55

<sup>369</sup> “Mentre il diritto sostanziale è un sistema di norme a risolvere conflitti di interessi contrapposti, determinando gli interessi prevalenti attraverso la previsione di poteri, doveri e facoltà, il diritto processuale è costituito, invece, da un sistema di norme che disciplinano più o meno complessi meccanismi (processi) diretti a garantire che la norma sostanziale sia attuata anche nell’ipotesi di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto.” PISANI, op. cit., p. 4.

<sup>370</sup> LACERDA, op. cit., p. 4

não o é. Diante das feições teleológicas características do sistema judicial, a ideia-força da teoria da instrumentalidade dos atos processuais deve expandir-se para fora do processo, de modo que a finalidade e a proficiência de todo o sistema processual sejam aferidas num contexto realístico, no qual a sua importância esteja ligada ao grau de efetividade que possa empreender à tutela jurisdicional e à diferença que possa fazer na vida das pessoas.

Como se verá nos próximos capítulos, essa noção de instrumentalidade plena ou ampliada haverá de influenciar o modo de ser do processo, o comportamento dos sujeitos processuais e a própria interpretação da lei processual.

## **4 PROCESSO E CRÍTICA**

Este trabalho move-se na demonstração de que uma das causas da morosidade do sistema judicial está no recrudescimento do formalismo processual, que de mecanismo controlador do poder judicial, posto a serviço da organização e da planificação da prestação jurisdicional, bem como da própria segurança dos jurisdicionados, assumiu feições exacerbadas e superestimadas, a ponto de as formalidades processuais alçarem patamar de maior importância do que o próprio direito a respeito do qual se busca proteção.

Nesse contexto, o objetivo proposto para este capítulo é demonstrar que as formas processuais não têm essa magnitude, ainda que expressamente previstas em lei, e que o próprio sistema processual não exige que assim o seja. Muito ao contrário disso, a instrumentalidade que o inspira autoriza sejam flexibilizadas as formas processuais em prol de um processo mais efetivo.

A lei, portanto, será submetida à crítica, em especial modo naquilo que proporcione formalismos exacerbados. Além disso, pretende-se aqui compreender o processo à luz da Constituição, que, por sua vez, estabelece regras e princípios capazes de remodelá-lo e a ele empreender sentido mais funcional e efetivo.

É possível, segundo se demonstrará, que preceito constitucional, ainda que tido como “programático”, venha a disciplinar o caso concreto, na medida de sua aptidão, inclusive em termos processuais.

### **4.1 PROCESSO E LEI**

Dentro desses propósitos, portanto, afigura-se necessário tratar em primeiro lugar da própria lei processual, como elemento a partir do qual se estrutura o processo judicial. Afinal, a esta altura do desenvolvimento da ciência processual, não se apresentam dúvidas plausíveis de que o processo civil, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, é informado pelo princípio da legalidade das formas, sendo pacífica também a compreensão de que um processo livre de formalidades processuais seria inviável (item 3.3).

Em verdade, a despeito de o Código de Processo Civil brasileiro, no seu

artigo 154, proclamar a liberdade das formas processuais, a não ser quando a lei expressamente disser o contrário<sup>371</sup>, o fato é que tantas e tão densas são as exigências formais contidas no diploma processual civil brasileiro, que não se apresenta possível falar-se em plena liberdade de formas. Cândido Rangel Dinamarco destaca exatamente essa contradição legal, quando assim se posiciona:

O contexto do Código impõe todavia tantas exigências formais referentes a tantos atos do procedimento, que fica seriamente *abalado esse aparente compromisso com a liberdade das formas*. Os mais importantes dos atos processuais são severamente submetidos a exigências específicas relativas ao *modo* como devem ser realizados, quando não também à sua situação no *tempo* e no *espaço*. Assim se dá com a demanda inicial, a citação, a contestação, a sentença, os recursos, a penhora, a praça ou o leilão de bens etc., e também com o próprio *procedimento* como um todo, que é bastante regulamentado, com fases mais ou menos rígidas e muitas preclusões; além disso, são inúmeros os procedimentos especiais instituídos pelo Código, com regras precisas sobre as hipóteses de adequação de cada um deles, o que também se traduz em restrições à liberdade dos sujeitos processuais quanto à forma<sup>372</sup>. (grifos do autor)

Assim também o diz José Frederico Marques, ao concluir que é da lei que se extraem os requisitos necessários à própria exteriorização dos atos processuais, fixando-lhes as condições de tempo, lugar e modo de expressão<sup>373</sup>. Aliás, o sistema italiano possui dispositivo legal parecido com aquele concebido no Brasil - o artigo 121 do diploma processual civil daquele país -, e também lá se conclui pela prevalência da legalidade das formas processuais<sup>374</sup>.

É certo que a esse posicionamento se opõe Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que detecta uma “postura pessimista” adotada pelos partidários dessa corrente<sup>375</sup>, inferindo que “o sistema jurídico brasileiro adotou posição intermediária em face da legalidade das formas e o arbítrio do juiz”<sup>376</sup>, e, nesse contexto, cita Antonio Dall’Agnol a respeito do “princípio da relativa relevância das formas”<sup>377</sup>.

Mas o fato é que essa ponderação feita por Alvaro de Oliveira não impacta o tema que aqui se enfrenta, cujo centro está no desvirtuamento da forma como obstáculo

<sup>371</sup> Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

<sup>372</sup> DINAMARCO, Instituições, v. II, p. 550

<sup>373</sup> MARQUES, op. cit., v II, p. 296

<sup>374</sup> “Questa norma non ha tuttavia quel significato generale che si potrebbe desumere dal suo testo, perchè per la maggior parte degli atti la legge disciplina la forma con disposizioni espresse e l’ambito in cui può manifestarsi il principio di libertà della forma è in realtà molto ristretto.” LIEBMAN, Manuale, p. 213.

<sup>375</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 169

<sup>376</sup> Ibidem, p. 170

<sup>377</sup> DALL’AGNOL, Antonio, apud OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 170

ao acesso à Justiça, e não na completa rejeição do formalismo processual. Aliás, já se disse em outro tópico deste trabalho (item 1.5) que o processo não é avesso às formalidades; muito ao contrário, o processo é inteiro formal ou quase isso<sup>378</sup>, porque a formalidade viabiliza o conhecimento estatal dos casos controvertidos, através do procedimento adequado, e possibilita encaminhá-los para uma solução justa, primando pela segurança dos próprios jurisdicionados<sup>379</sup>. O que se combate aqui - reitere-se - não é a forma, mas a sua teratologia; não é a utilização sensata das formalidades ínsitas ao processo (ou procedimento), mas o “fetichismo das formas” a que aludem os processualistas da atualidade (item 3.3).

O próprio Dinamarco, quando se refere ao fato de o sistema processual brasileiro ter adotado, em grande medida, o princípio da legalidade das formas processuais, não reconhece aí um mal, exatamente<sup>380</sup>, desde que não se deslembre do compromisso com a efetividade do processo, cuja magnitude suplanta ou deve suplantar qualquer arroubo tecnicista.

Bem por isso, é exatamente no contexto da legalidade das formas processuais, predominante no sistema processual brasileiro, que se apresenta como proveitoso e mesmo essencial objeto de pesquisa, a lei processual, pois esta é o principal polo de irradiação das normas estruturadoras do processo.

Lei processual, aliás, que possui contornos que a diferenciam das demais. Eduardo J. Couture explica que essa natureza processual não depende do corpo de disposições normativas em que inserido o regramento processual, do código de normas no qual esteja localizado, mas tão-somente de seu próprio conteúdo, que outro não deve ser senão “a regulação de fenômenos estritamente processuais, vale dizer, a programação do debate judicial referido ao seu fim, que é a decisão de um conflito de interesses”<sup>381</sup>. Essa mesma definição, com outras palavras e com maior densidade, extrai-se de outro ponto da mesma obra de Couture:

O que devemos tratar de apreender, em face de cada caso, é a essência

<sup>378</sup> “A lei processual é, quase toda, direito formal, e ramo do direito público. O fato de ser formal não tira ao direito processual o gerar direitos de ordem material, dentro da sua formalidade fundamental.” PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. I, p. 24.

<sup>379</sup> “Indiscutível é a necessidade das formas processuais para que as garantias da ordem jurídica não pereçam, dando lugar à insegurança na aplicação jurisdicional dos mandamentos legais.” MARQUES, op. cit., v II, p. 296.

<sup>380</sup> DINAMARCO, Instituições, v. II, p. 551

<sup>381</sup> “Tratando de reducir este problema a sus términos finales, creemos correcto asentar la proposición de que la naturaleza procesal de una ley no depende del cuerpo de disposiciones en que se halle inserto, sino de su contenido propio. Éste es la regulación de fenómenos estrictamente procesales, vale decir, la programación del debate judicial referido a su fin, que es la decisión de un conflicto de intereses.” COUTURE, op. cit., t. III, p. 46.

processual ou não processual da lei: se esta, por seu conteúdo, tende a descrever esse tipo tão particular de relação continuativa e dinâmica que denominamos *processo* e que se revela por essa noção de marcha que vai desde a demanda até a execução; se encontrarmos na lei essa nota; se encontrarmos nela a descrição de como se deve realizar ou ordenar o cúmulo de atos tendentes à obtenção de uma decisão judicial suscetível de execução coativa por parte dos órgãos do Estado, essa lei será processual e como tal devemos tratá-la<sup>382</sup>. (grifos do autor)

Como se vê, a lei processual é diferente das leis que regulam outros aspectos da vida, exatamente porque também ela é *instrumental*. Dinamarco fala do caráter “secundário” da lei processual, não em sentido depreciativo, desmerecedor, e sim buscando alcançar o seu aspecto ontológico e mesmo teleológico. Para o mencionado autor, o direito processual não se propõe a reger diretamente a vida das pessoas, e sim a regular o funcionamento do processo em sua feição instrumental. As normas processuais, nesse contexto, situam-se num segundo plano, de onde regem as atividades pelas quais as normas primárias, geradoras de posições jurídicas perante o direito material, alcançam efetividade. Trata-se, pois, de “normas de atuação jurídica”, ou de “direito sobre direito”, situando-se no mesmo plano daquelas regentes do processo legislativo ou do direito internacional privado<sup>383</sup>. Caio Mário da Silva Pereira explica que as leis formais ou processuais têm por objetivo regular os meios de realização dos direitos predefinidos, de forma a fazer realidade o conteúdo das leis materiais e assim subordinando-se a estas, “pois do contrário ter-se-ia a inversão da causalidade, antecipando-se o efeito à causa que o gerou”<sup>384</sup>. No mesmo sentido, é a lição de Arruda Alvim:

A lei processual, como já se asseverou atrás, é de índole instrumental. Significa isto, essencialmente, que deve ser distinguida da norma do Direito Material, porquanto é o Direito Material que, à luz de certos acontecimentos da vida por ele definidos, ‘cria’ direitos, desde que todavia, ocorram fatos subsumíveis às normas substanciais (modelos legais). O processo ‘per se’, primária e originariamente, não tem função criadora de direitos, ou se se quiser, constitutiva de direitos. Segue-se, portanto, que toda interpretação da norma processual terá de ser feita sempre com essa cautela, consistente em que é próprio da função do Direito Processual fazer valer o direito material, objeto do processo, mas não alterá-lo, dando ou tirando direitos, além e aquém dele<sup>385</sup>.

<sup>382</sup> “Lo que debemos tratar de apresiar, frente a cada caso, es la esencia procesal o no procesal de la ley: si ésta, por su contenido, tiende a describir ese tipo tan particular de relación continuativa y dinámica que denominamos *proceso* y que se revela por esa noción de marcha que va desde la demanda hasta la ejecución; si halláramos en la ley esa nota; si halláramos en ella la descripción de cómo se debe realizar u ordenar el cúmulo de actos tendientes a la obtención de una decisión judicial susceptible de ejecución coactiva por parte de los órganos del Estado, esa ley será procesal y como tal debemos tratarla.” COUTURE, op. cit., t. III, p. 47:

<sup>383</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 70-71

<sup>384</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. I, p. 109.

<sup>385</sup> ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, v. I, p. 89

Nesse contexto e exatamente neste ponto, atinge-se o estágio de culminância para o tema proposto para este tópico: *a lei processual é instrumental, daí a necessidade de a sua interpretação, a sua integração e a sua aplicação terem em conta exatamente esta sua especificidade, esta sua instrumentalidade.*

A lei processual, diz Couture, não é nem um mandamento, nem um *status*, nem uma delimitação jurídica sobre licitude ou ilicitude da conduta humana. A lei processual é uma descrição. O legislador descreve como se deve realizar determinado procedimento ou determinado ato processual; determina, descritivamente, a evolução e o desenvolvimento do processo, assim como faria se estivesse a elaborar um itinerário a ser percorrido<sup>386</sup>.

Dito de outro modo, se a lei processual tem feições descritivas, no sentido de traçar o “iter” pelo qual se atinge a prestação jurisdicional, e com ela os escopos da própria jurisdição, já mencionados em outro ponto deste trabalho (item 1.3), é fora de dúvida que ao intérprete da lei processual cabe observar exatamente esta sua específica finalidade, em especial modo quanto às formas processuais por ela fixadas e o seu real valor nos marcos do direito processual contemporâneo.

E aqui vale lembrar Gustavo Zagrebelsky, quando fala da ductilidade do direito e da “ideia” do direito como centro das atenções dos juristas. Para este autor, o que deve contar, em última análise, é a “ideia” do direito, da Constituição, do código, da lei, da sentença. Nesse contexto, essa “ideia” seria tão determinante, que quando estivesse particularmente viva e amplamente aceita, faria prescindir-se até mesmo da materialidade de um diploma legal em que estivesse inserida<sup>387</sup>.

Eduardo J. Couture assevera que interpretar a lei não é interpretar o direito, na medida em que a lei está para o direito assim como a parte está para o todo, sendo certo que o que rege a conduta das pessoas é o todo e não a parte<sup>388</sup>. Cândido Rangel Dinamarco encampa a mesma posição e a ela acrescenta que só se pode chegar ao conhecimento da

---

<sup>386</sup> COUTURE, op. cit., t. III, p. 32

<sup>387</sup> “Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la ‘cosa’ misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho ‘positivo’ se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confundentes para el público profano.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid:Editorial Trotta, 2011, p. 9.

<sup>388</sup> “En primer término, corresponde dar por admitido que interpretar la ley no es interpretar el derecho. La ley es al derecho como la parte al todo; y lo que rige la conducta humana es el todo y no la parte.” COUTURE, op. cit., t. III, p. 25.

norma contida na lei, quando se leva em conta o “valor” que lhe está sobre a base<sup>389</sup>.

Tudo somado, portanto, é de se inferir que a “ideia” que deve permear o arcabouço processual, o “valor” que deve informar o sistema de normas que lhe dão embasamento, deve ser o de viabilizar o direito substancial, propiciando-lhe meios de se fazer efetivo, porque a vocação da lei processual é só e exatamente esta – a de ser instrumento.

A interpretação da lei processual, nesse diapasão, deve cercar-se de todo cuidado, para que não se perca esta sua finalidade essencial. Giuseppe Chiovenda afirma que dos institutos jurídicos o processo é o organismo mais delicado, tratando-se de relação tão complexa que domina, a um só tempo, elementos jurídicos, políticos e sociais, e que por isso mesmo repercutem sobre ele as mais leves alterações nas condições morais, políticas e sociais de uma comunidade<sup>390</sup>.

Aliás, a bem da verdade, a própria hermenêutica como um todo deve merecer esse cuidado. Miguel Reale enfatiza a importância de se conhecer a finalidade social da lei a ser aplicada, e o valor que por ela se pretende tutelar<sup>391</sup>. Mencionado autor concebe a ideia de uma “hermenêutica estrutural”, pela qual a interpretação jurídica é sempre teleológico-valorativa, inserida numa estrutura de significações e situada no todo do ordenamento jurídico<sup>392</sup>. A partir disso, sustenta Reale a possibilidade de o intérprete da lei lhe empreender uma significação imprevista e completamente diversa da querida ou esperada pelo próprio legislador, exatamente em função dessa correlação com outros dispositivos, assim como pela compreensão da lei interpretanda à luz de novas valorações afloradas no processo histórico<sup>393</sup>.

Voltados os olhos para o sistema processual, não parece haver dúvidas de que essa interpretação estrutural-valorativa de que fala Miguel Reale tenha pleno cabimento, em especial modo no que diz com a simplificação das formalidades processuais, com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.

Por outro lado e para a compreensão das questões aqui suscitadas, exatamente em função dessa sensibilidade do sistema processual antes referida, que se influencia por alterações de fundo social, moral ou político, avulta-se em importância a própria crítica à lei processual. Afinal, a partir do momento em que se constata o

---

<sup>389</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 88

<sup>390</sup> CHIOVENDA, op. cit., v. 1, p. 129

<sup>391</sup> REALE, Lições, p. 289-290

<sup>392</sup> Ibidem, p. 291

<sup>393</sup> Ibidem, p. 292

descompasso do sistema processual em face das exigências da vida, desde o ponto de vista da inefetividade do processo, está aí uma falha, um vazio legislativo que precisa ser preenchido, senão com novos regramentos processuais, capazes de sintonizar o processo em relação às necessidades das pessoas, certamente com novas formas de pensar os dispositivos já existentes.

Como se sabe, o dogma da lei perfeita e completa, como se fosse uma “mina inesgotável da sabedoria jurídica”<sup>394</sup>, fruto de uma concepção estatista do direito, já não vigora, ou pelo menos não vigora com o mesmo ímpeto de antes<sup>395</sup>. A lei se aflora num contexto plural, influenciada por vários interesses - nem sempre legítimos e nem sempre justos -, daí a impossibilidade de se conceber a lei como norma geral, abstrata, coerente, fruto de uma vontade homogênea do parlamento<sup>396</sup>, e daí também a imperiosidade de compreendê-la num contexto muito mais amplo e muito mais complexo<sup>397</sup>.

Norberto Bobbio fala em lacunas da lei, que classifica em lacunas “próprias” e lacunas “impróprias”, as primeiras decorrentes do vazio legislativo e as segundas do descompasso entre o sistema real e o sistema ideal<sup>398</sup>. Carlos Santiago Nino fala de lacunas “normativas” e lacunas “axiológicas”, referindo-se as primeiras à ausência de norma para determinada conduta, e as segundas à solução inadequada prevista para específico comportamento<sup>399</sup>.

Nesse mesmo contexto e de modo mais amplificado, Maria Helena Diniz faz interessante distinção entre lacunas “normativas”, lacunas “ontológicas” e lacunas “axiológicas”. Mencionada autora baseia-se na teoria tridimensional de Miguel Reale (subsistema de normas, fatos e valores), para reconhecer nas lacunas normativas a ausência de norma a respeito de determinado caso; nas lacunas ontológicas, o descompasso entre a norma prevista e os fatos sociais a serem por ela regulados; e nas lacunas axiológicas, a insatisfatória ou injusta solução prevista para o caso concreto<sup>400</sup>.

Dentro do tema aqui abordado, a colmatação dessas lacunas da lei

<sup>394</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 276

<sup>395</sup> Mesmo quem nega, peremptoriamente, a existência de lacunas na lei, como Couture, acaba admitindo “omissões de previsão expressa” (op. cit., t. III, p. 45).

<sup>396</sup> MARINONI, op. cit., p. 42-43

<sup>397</sup> MARINONI, op. cit., p. 46

<sup>398</sup> BOBBIO, Teoria geral do direito, p. 296-297.

<sup>399</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 332-340

<sup>400</sup> DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95

processual leva ao próprio revigoramento do sistema processual, principalmente pelo enfrentamento da questão da flexibilização das formas processuais e da simplificação do próprio processo (ou do procedimento), cuja defasagem outra coisa não evidencia, senão uma lacuna, um *vazio legislativo* ou um *descompasso legislativo*, seja de ordem normativa, seja de ordem ontológica, seja de ordem axiológica.

O próximo tópico também abordará a questão da insuficiência da lei processual e suas lacunas, produtoras de um sistema processual falho, mas agora tendo por paradigma a própria Constituição, da qual se podem extrair princípios capazes de legitimar essa colmatação ou essa reestruturação - sempre considerado o mote que inspira este trabalho, no sentido de justificar a possibilidade de as formas processuais serem abrandadas em prol da efetividade do processo.

## 4.2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

No contexto em que se pretende desenvolver o tema aqui proposto, é preciso ter presente não só a insuficiência da lei, como antes asseverado, mas a sua própria inadequação aos fatos da vida. Luiz Guilherme Marinoni fala da perda de substância da lei, diante da crescente deslegitimação do processo legislativo, que sendo incapaz de contemplar o pluralismo próprio dos tempos atuais, muitas vezes, move-se por coalizões de forças que assumem contornos “nebulosos” e “egoísticos”<sup>401</sup>. José Renato Nalini faz observação semelhante, destacando não só a deslegitimação do Parlamento, mas também a sua contaminação pelo poder econômico<sup>402</sup>. Mauro Cappelletti lembra que os parlamentos da sociedade plural compõem-se de políticos vinculados a certas categorias ou grupos, sendo que os valores e as prioridades desses políticos correspondem, amiúde, aos valores e prioridades desses grupos<sup>403</sup>. E por todos fala Gustavo Zagrebelsky, para quem:

A lei – neste ponto de sua história – já não é a expressão ‘pacífica’ de uma

<sup>401</sup> MARINONI, op. cit., p. 43

<sup>402</sup> “O Legislativo, antigamente reconhecido como caixa de ressonância das aspirações populares, também se transformou. Se a lei já não é relação necessária que se extrai da natureza das coisas para ser resposta contingente e conjuntural a uma necessidade imediata, o Parlamento perdeu também sua qualidade de formulador de regras genéricas de conduta. Passou, modernamente, a ser provido por quadros escolhidos em eleição com suspeita de mácula. Quem elege não é o povo, mas o poder econômico. Até os políticos honestos pagam tributo à sensação geral de falta de escrúpulos.” NALINI, op. cit., p. 6.

<sup>403</sup> CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*, p. 44

sociedade política internamente coerente, senão que é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o final, senão a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, é dizer, se se quer, ‘constitucionais’, do ordenamento. É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares.<sup>404</sup> (tradução nossa)

O resgate dessa substância perdida, o restabelecimento dessa legitimação abalada, afirma Marinoni, deve passar pela construção de mecanismos que limitem a atuação da lei e a conformem aos princípios de justiça. Esse desiderato, assevera o mencionado autor, implica inserir, na própria Constituição, essa substância e esses princípios, tornando-os, senão imutáveis, ao menos de difícil mutação<sup>405</sup>.

O mesmo Zagrebelsky fala de um “legislador motorizado”, que legisla de modo “mecanizado” e “tecnificado”, cujo efeito destrutivo para o ordenamento jurídico se traduz no desenvolvimento contraditório da produção do direito, gerado pela heterogeneidade e pela ocasionalidade das pressões sociais que se exercem sobre esse legislador. A solução para esse estado de coisas, afirma este autor, está no restabelecimento de uma noção de direito mais profunda ou mais alta que aquela preconizada pelo positivismo legislativo, com força suficiente para vincular o próprio legislador infraconstitucional – o que se obtém pela inserção desses parâmetros na Constituição mesma<sup>406</sup>.

E a isso também se refere Luís Roberto Barroso, quando fala dos princípios constitucionais como continentes da “síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”, espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins, e desta

---

<sup>404</sup> “La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, ‘constitucionales’, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos identificables) que persigue intereses particulares.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 38.

<sup>405</sup> MARINONI, op. cit., p. 44

<sup>406</sup> “No debe pensarse que la inagotable fragua que produce una sobreabundancia de leyes y otras normas sea una perversión transitoria de la concepción del derecho, pues responde a una situación estructural de las sociedades actuales. El siglo XX ha sido definido como el del ‘legislador motorizado’ en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha ‘mecanizado’ y ‘tecnificado’. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por las heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 39

forma empreendendo unidade e harmonia ao sistema<sup>407</sup>.

Do que se disse até aqui, portanto, mostra-se incontestemente que a Constituição foi elevada ao patamar central no ordenamento jurídico, o que se deve à própria perda de substância da lei, que já não tem mais o brilho que lhe era próprio nos tempos do positivismo exacerbado. O resgate dessa substância perdida se deu pela remodelação da própria Constituição, que a partir de certo momento passou a proclamar direitos fundamentais e a estabelecer princípios jurídicos, e não apenas a marcar tendências ou traçar caminhos a serem observados pelo legislador infraconstitucional. Aliás, isso não é exatamente uma novidade; como leciona Barroso, a inovação não está no fato de a Constituição enunciar princípios, o que ocorre de longa data, mas no fato de se atribuir a esses princípios um caráter normativo<sup>408</sup>.

Na verdade, o “novo” dessa questão está na “fundamentalidade” dos direitos proclamados no Texto Constitucional, o que se dá pelo reconhecimento mesmo dessa magnitude na própria Constituição, explícita ou implicitamente.

Ingo Wolfgang Sarlet, discorrendo sobre o conceito de direitos fundamentais na Constituição brasileira, faz distinção entre “fundamentalidade em sentido material” e “fundamentalidade em sentido formal”, para dizer que, no primeiro caso, está-se diante de decisões sobre a estrutura do Estado e da sociedade, sempre com referibilidade na questão da proteção da pessoa humana<sup>409</sup>; enquanto que, na segunda hipótese, o que se tem é a positivação mesma daqueles valores reconhecidos como fundamentais numa específica ordem constitucional, como se vê da seguinte passagem de sua obra:

Nesta perspectiva, é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que o seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais<sup>410</sup>.

Nesse sentido, aliás, José Joaquim Gomes Canotilho fala da imprescindibilidade dessa positivação, sem o que “os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, op. cit., p. 28-29

<sup>408</sup> BARROSO, op. cit., p. 29

<sup>409</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 267-268

<sup>410</sup> Ibidem, p. 268

protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen)”<sup>411</sup>.

E aqui se faz necessário relembrar as noções de “rigidez” e “flexibilidade” das constituições. Paulo Bonavides entende como rígidas aquelas constituições que não podem ser modificadas da mesma maneira com que se modificam as leis ordinárias<sup>412</sup>; enquanto que José Afonso da Silva acrescenta a esse aspecto a própria “supremacia constitucional”, significando que a Constituição é colocada no vértice do sistema jurídico do país, onde se encontram as *normas fundamentais* do Estado, no que demonstra a sua superioridade em relação a qualquer outra norma jurídica<sup>413</sup>.

Trazidos esses argumentos para a discussão dos direitos fundamentais, é de se concluir que quando se positivam direitos ou princípios num texto constitucional de feição rígida, como é o caso brasileiro (art. 60 da Constituição), a intenção do constituinte é atribuir a esses direitos ou princípios não só essa proteção reforçada quanto à sua revogação ou mutação, mas também e principalmente a “dignidade constitucional”, no sentido de irradiar os seus efeitos por todos os quadrantes do ordenamento jurídico.

É disso que fala Robert Alexy, quando conceitua como fundamentais aquelas posições jurídicas que, “do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>414</sup>, querendo com isso fazer alusão ao procedimento simplificado de mutação da lei ordinária, incompatível com o processo de mutação constitucional.

Luigi Ferrajoli faz menção ao “constitucionalismo” como o novo paradigma do direito, verdadeira revolução, referindo-se exatamente à tendência, nos ordenamentos jurídicos democráticos, de inserção de catálogos de direitos fundamentais em textos constitucionais rígidos, como forma de materializá-los e de protegê-los, inclusive em face do próprio legislador. Confira-se:

O constitucionalismo, o qual resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito que se exprime em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal) como regra de reconhecimento da existência das normas, esta segunda revolução se realiza com a afirmação

---

<sup>411</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 353

<sup>412</sup> BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, p. 83

<sup>413</sup> SILVA, Curso, p. 45

<sup>414</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 446

daquilo que podemos chamar o princípio da estrita legalidade (ou da legalidade substancial): ou seja, com a submissão também da lei aos vínculos não mais só formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos pela constituição<sup>415</sup>. (tradução nossa)

Como se vê, a fundamentalidade dos direitos está no fato do seu reconhecimento pelo próprio Texto Constitucional. Por mais inalienáveis que sejam, por mais imprescindíveis que se apresentem à salvaguarda da dignidade humana (fundamentalidade material), apenas um tal reconhecimento constitucional, numa dada Constituição e num dado momento histórico (fundamentalidade formal), os eleva à condição de direitos fundamentais. Por outro lado, reconhecida essa fundamentalidade, a sua força vinculante se espalha pelo ordenamento jurídico, moldando a atuação do legislador, do administrador e do julgador<sup>416</sup>.

Note-se que não empece esse entendimento o fato de a Constituição brasileira, no seu artigo 5º, § 2º, fazer menção à fundamentalidade de direitos não expressos no Texto Constitucional<sup>417</sup>, ou mesmo localizados fora da Constituição, em tratados internacionais<sup>418</sup>. Mesmo neste caso, há uma base constitucional, pois a própria Constituição reconhece esses direitos materialmente fundamentais e lhes atribui dignidade constitucional (formal).

Transportados esses parâmetros para a questão processual, não há dúvidas de que vários direitos e vários princípios processuais foram elevados à categoria de direitos ou princípios fundamentais, porque positivados no catálogo constitucional. Esse é o caso do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a respeito do qual se discorreu no item 2.2.1 deste trabalho, do princípio do devido processo legal (item 2.2.2), do princípio da razoável duração do processo (item 2.2.3), do princípio do contraditório (item 2.2.4);

<sup>415</sup> “Il costituzionalismo, quale risulta dalla positivizzazione dei diritti fondamentali come limiti e vincoli sostanziali alla legislazione positiva, corrisponde a una seconda rivoluzione nella natura del diritto che si esprime in un’alterazione interna del paradigma positivistico classico. Se la prima rivoluzione si era espressa nell’affermazione dell’onnipotenza del legislatore, ossia del principio di mera legalità (o di legalità formale) quale norma di riconoscimento dell’esistenza delle norme, questa seconda rivoluzione si è realizzata con l’affermazione di quello che possiamo chiamare il principio di *stretta legalità* (o di *legalità sostanziale*): ossia con la sottomissione anche della legge ai vincoli no più solo formali ma sostanziali imposti dai principi e dai diritti fondamentali espressi dalle costituzioni.” FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico a cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 33-34.

<sup>416</sup> “Fica evidente também que os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição de um Estado. A partir daí podemos dizer que os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna.” BREGA FILHO, op. cit. p. 67.

<sup>417</sup> Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>418</sup> Há direitos fundamentais localizados fora do catálogo constitucional específico, ou ainda direitos fundamentais “implícitos” e até aqueles previstos fora da própria Constituição, como dá conta Vladimir Brega Filho (in, op. cit., p. 76-77).

sem deslembrar de outros princípios ou garantias processuais constitucionais, igualmente fundamentais, porque inseridos na Constituição, cuja abordagem não se faz necessária neste trabalho.

Cândido Rangel Dinamarco fala em “direito processual constitucional”, com isso pretendendo aludir ao método pelo qual se examinam o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações com ela mantidas<sup>419</sup>. E também fala da “tutela constitucional do processo civil”, no sentido da fixação de preceitos constitucionais ditados como padrões a serem atendidos pelo legislador e pelo julgador e que correspondem a “importantíssimas opções do moderno Estado-de-direito”, consistindo na “projeção da índole e características do próprio Estado sobre o sistema processual”<sup>420</sup>.

Robert Alexy fala do direito fundamental a organização e procedimento, já mencionado em outros pontos deste trabalho, como mecanismo de proteção e efetivação de direitos, e lembra Konrad Hesse, para quem “organização ou procedimento [revelam-se] com freqüência o - provavelmente único - meio de se produzir um resultado conforme aos direitos fundamentais e, com isso, assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos”<sup>421</sup>.

Como se verá na sequência, essa questão da fundamentalidade dos direitos, pelo fato de sua inserção no texto constitucional, se imbrica com o fenômeno da “normatividade constitucional”, que, como se sustentará, em tudo se identifica com o tema principal deste trabalho - simplificação processual e acesso à Justiça – porque essa visão constitucional e fundamental dos direitos de cunho processual autoriza simplificar o processo e assim dotá-lo de efetividade.

### **4.3 NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E FORMALISMO PROCESSUAL**

Dentro da ideia que permeia o tema proposto para este capítulo, assume grande relevância a questão da própria normatividade da Constituição. Aliás, bem pensadas as coisas, essa normatividade dos preceitos constitucionais é uma consequência lógica da própria constitucionalização dos direitos fundamentais, que a certa altura foram elevados ao patamar constitucional, exatamente para que pudessem ser protegidos e

---

<sup>419</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 193

<sup>420</sup> Ibidem, p. 198-199

<sup>421</sup> HESSE, Konrad, apud ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 470

materializados.

O Constituinte brasileiro fez exatamente isso, quando estabeleceu, no artigo 5º, § 1º, da Constituição, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O significado especial desse preceito, diz Paulo Gustavo Gonet Branco, “é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático”, do que se deve defluir que a lei é que deve conformar-se à moldura dos direitos fundamentais e não o contrário<sup>422</sup>.

Paulo Bonavides reconhece essa normatividade em sentido amplo, inclusive quanto às normas programáticas previstas no Texto Constitucional<sup>423</sup>. Luís Roberto Barroso também o faz, destacando que tanto regras insertas na Constituição, quanto princípios ali estruturados são dotados dessa aludida normatividade<sup>424</sup>. Pietro de Jesús Lora Alarcón vê na Constituição um “corpo normativo fundamental do Estado”, capaz de organizar os seus elementos essenciais e de definir a sua estrutura<sup>425</sup>. Aliás, esse mesmo autor, falando sobre a supremacia constitucional, inspira-se em Ricardo Guastini, para dizer do caráter “invasor” do constitucionalismo atual, no sentido de a Constituição infiltrar-se em todos os campos do direito e ali exercer pesada influência, pela sua força vinculante, pela sua aplicação direta e pelo que chama de sobreinterpretação constitucional ou interpretação extensiva da Constituição<sup>426</sup>.

Na verdade, não há quem não reconheça, ainda que minimamente, a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental. Até os mais radicais, que negam uma tal especificidade, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em especial modo quanto a normas programáticas<sup>427</sup>, chegam a admitir que um mínimo dessa aplicabilidade se haveria de reconhecer<sup>428</sup>.

<sup>422</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit. p. 285

<sup>423</sup> BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, p. 236

<sup>424</sup> “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras” BARROSO, op. cit., p. 30

<sup>425</sup> ALARCÓN, op. cit., p. 122

<sup>426</sup> “Guastini sintetiza, com bastante lucidez, os elementos que sustentam e possibilitam essa *invasão*: *uma constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da constituição; a sobreinterpretação da Constituição ou interpretação extensiva dos juízes; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação conforme das leis e a influência da Constituição sobre as relações políticas*”. (grifos do autor). GUASTINI, Ricardo apud ALARCÓN, op. cit., p. 128.

<sup>427</sup> “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 269.

<sup>428</sup> “Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como

Com efeito, o que de importante se deve analisar a respeito da aplicação direta das normas continentais de direitos fundamentais não é, propriamente, se existe ou não uma autorização constitucional para a aplicação imediata desses preceitos fundamentais, sem a interposição do legislador infraconstitucional ou apesar dele; e sim a medida na qual se deve dar essa imediatidade e de consequência essa normatividade.

Afinal, negar que normas de direito fundamental têm aplicação direta ou imediata, ainda que mínima, seria fechar os olhos à própria letra do Texto Constitucional, que é expresso nesse sentido; da mesma forma que empreender a esse mesmo Texto Constitucional um amplíssimo significado, a ponto de se entender que toda e qualquer norma de direito fundamental seria dotada dessa imediatidade absoluta, seria o condenável oposto<sup>429</sup>.

Como leciona Sarlet, a análise sobre a aplicação imediata e direta das normas preconizadoras de direitos fundamentais, a graduação de sua carga eficaz, atrela-se à forma com que proclamado o próprio e específico direito no Texto Constitucional, à sua “densidade normativa” e à sua precípua função<sup>430</sup>; daí a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, os primeiros, quase sempre uma abstenção por parte do Estado, extraídos por completo do próprio preceito fundamental, sem necessidade de detalhamento em lei de menor envergadura<sup>431</sup>; os segundos, voltados à conduta positiva do Estado, uma prestação fática propiciadora de igualdade material<sup>432</sup>, carecedores, por isso mesmo, de estruturação normativa infraconstitucional.

Quando do início deste tópico, sustentou-se o cunho normativo da Constituição, em especial modo daqueles preceitos definidores de direitos fundamentais. A esta altura das argumentações, e já considerada a existência de direitos de defesa, que não reclamam interposição do legislador infraconstitucional para a sua implementação, e de direitos prestacionais, cuja materialização requer, em maior ou menor grau, a “*interpositio legislatoris*”, é de se reafirmar o cunho normativo presente em todas as normas preconizadoras de direito fundamental, inclusive nestas últimas relacionadas a

---

letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade. Contudo, o caminho escolhido não é suficiente em si para atender o objetivo colimado” FERREIRA FILHO, op. cit., p. 268.

<sup>429</sup> SARLET, op. cit., p. 269.

<sup>430</sup> SARLET, op. cit., p. 273-274.

<sup>431</sup> “Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito” SARLET, op. cit., p. 277.

<sup>432</sup> “Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.” SARLET, op. cit., p. 282.

direitos prestacionais.

Reitere-se que há um dispositivo na própria Constituição, o já referido artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional, que atribui a todos os direitos fundamentais, e não apenas aos direitos de defesa, a aptidão para surtir efeitos diretos e imediatos. Tal dispositivo constitucional, de feições principiológicas, estabelece presunção de aplicabilidade imediata e de plena eficácia que milita em favor de todos os direitos fundamentais, inclusive os prestacionais, constituindo-se mesmo um dos pilares da sua própria fundamentalidade<sup>433</sup>. Nesse diapasão, mesmo os direitos prestacionais de menor densidade normativa são, inquestionavelmente, direitos fundamentais, por isso mesmo também eles são de aplicação imediata e normatividade expressa, senão na sua integralidade, ao menos na *medida* desta sua densidade normativa<sup>434</sup>. São, nesse sentido, as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, comentando dispositivo da Constituição portuguesa que faz previsão semelhante:

Deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta **aplicabilidade directa**: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos de novo que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma *normatividade qualificada*, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*<sup>435</sup>. (grifos do autor).

Como se vê, toda norma preconizadora de direito fundamental tem aplicação direta e imediata, o que se materializa de modo proporcional à sua própria densidade normativa. Direitos extraíveis, na sua totalidade, do próprio Texto Constitucional, a exemplo dos direitos de defesa, devem ser aplicados de modo imediato e completo, sem necessidade da intervenção do legislador ordinário; direitos cuja materialidade dependa de regulamentação infraconstitucional, como são os prestacionais, nem por isso deixam de esplender normatividade imediata, ainda que de modo restrito, conformado à exata proporção de suas aptidões.

É disso que fala José Afonso da Silva, que a respeito do significado do já

---

<sup>433</sup> SARLET, op. cit., p. 271

<sup>434</sup> SARLET, op. cit., p. 280-281

<sup>435</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 412

mencionado artigo 5º, § 1º, da Constituição, especialmente no que tange à implementação de direitos sociais, infere que as normas que fazem esse tipo de previsão “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”, e que o Poder Judiciário, quando invocado em função de situação concreta garantida nesse tipo de norma, “não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”<sup>436</sup>.

Com essa compreensão e observados esses parâmetros, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que todas as normas continentais de direito fundamental ostentam cargas eficaciais, dentre as quais a de revogação de atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental; a vinculação do legislador infraconstitucional; o reconhecimento da inconstitucionalidade de leis editadas em desconformidade com o preceito fundamental; o caráter interpretativo, integrativo e aplicativo dos direitos fundamentais (mesmo os prestacionais e mesmo que contidos em regras programáticas); além da constituição de posição jurídico-subjetiva, mesmo em relação aos direitos prestacionais dependentes de interposição legislativa<sup>437</sup>.

Focada a questão principal a ser analisada neste tópico, ou seja, transportadas as argumentações até aqui expendidas para o problema do processo judicial e sua inefetividade, assim como do formalismo processual e seu desvirtuamento, dúvidas não podem remanescer de que a sua resolução deve ter em conta os direitos e princípios processuais inseridos na Constituição, em especial modo a normatividade que deles se esplende.

Afinal, se há um princípio constitucional que preconiza a inafastabilidade da jurisdição, nenhuma lei processual haverá de ser interpretada de modo a criar obstáculos à sua implementação. Se existe um princípio constitucional que prevê um devido processo legal, no sentido de sua justiça e sua equidade, a lei processual não poderá criar um sistema injusto ou iníquo. Se o processo haverá de contemplar um contraditório qualificado, possibilitando a todos participar da construção da sentença justa e adequada, a interpretação cega da lei não poderá proporcionar emboscadas processuais. Se o que se preconiza, em sede constitucional, é que o processo chegue ao seu final em tempo razoável e de forma útil, a lei processual não poderá ensejar delongas injustificáveis, que façam esvaír toda a utilidade que se possa esperar da prestação

---

<sup>436</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 165

<sup>437</sup> SARLET, op. cit., p. 295-298

jurisdicional.

Quando se abordou a questão da lei processual e seu descompasso em relação à realidade circundante, a sua perda de substância em comparação com os fatos da vida, fez-se menção às lacunas da lei, não só as normativas, aquelas decorrentes da falta de normatização em relação a determinado fato, mas também às lacunas ontológicas, provocadas pelo descompasso entre a norma e os fatos sociais objeto de ordenação, e às lacunas axiológicas, provenientes da insatisfatória ou injusta solução prevista para determinado caso concreto.

No encerramento deste tópico, e considerada a normatividade dos preceitos constitucionais, máxime aqueles preconizadores de direitos fundamentais processuais, apresenta-se inafastável que todas essas lacunas, sejam normativas, sejam ontológicas, sejam axiológicas, podem e devem ser colmatadas com base na própria Constituição. O deficiente disciplinamento de uma questão processual, o formalismo processual exagerado ou desnecessário, fases processuais inócuas, leis processuais que prevejam formalidades inúteis, podem ser afastadas em nome da própria adequação do caso concreto ao balizamento constitucional. O juiz que assim o fizer, não estará produzindo lei nova, muito menos assumindo competência legislativa, mas simplesmente fazendo cumprir uma norma constitucional, e assim empreendendo consistência, logicidade e efetividade ao sistema.

#### **4.4 PROCESSO, REGRAS E PRINCÍPIOS**

No item há pouco encerrado, restou demonstrado que normas preconizadoras de direitos fundamentais devem ser aplicadas de modo imediato, mesmo aquelas que dizem respeito a direitos prestacionais, dentre eles os referentes ao sistema processual.

Também ficou dito nas linhas pretéritas que em relação àqueles direitos fundamentais, cujo preceito não contém densidade normativa completa, mesmo estes surtem efeitos normativos, ainda que somente na proporção de suas aptidões concretizadoras.

Para este subitem, a ideia é demonstrar de que modo essa normatividade se expressa e como se poderá, a partir dela, enfrentar a questão do desvirtuamento do formalismo processual, e assim concretizar direitos e princípios constitucionais afetos ao

sistema processual.

O cumprimento desse objetivo demanda abordar a própria estrutura da norma preconizadora de direito fundamental, em especial modo as suas subespécies - os princípios e as regras -, abordagem esta que Alexy considera imprescindível à compreensão das restrições que atingem os direitos fundamentais, as colisões existentes entre tais direitos, assim como o próprio papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>438</sup>.

Ronald Dworkin critica o positivismo jurídico ao fundamento de que tal modo de pensar o direito foi estruturado “de e para um sistema de regras”, o que faz com que outros padrões, diferentes das regras, mas igualmente importantes, sejam ignorados<sup>439</sup>. Para o autor, além das *regras jurídicas*, que estipulam fatos apreciáveis pelo direito e as automáticas consequências decorrentes de sua incidência - um “tudo-ou-nada”<sup>440</sup> -, há também os *princípios jurídicos*, cuja ideia-força não está em traçar fatos e suas respectivas consequências, mas em apontar uma direção a ser seguida<sup>441</sup>. Por isso mesmo, princípios possuem uma dimensão valorativa, permitindo ponderação entre os colidentes, o que não acontece com as regras, estas apenas aferíveis em termos de validade<sup>442</sup>.

Robert Alexy, por sua vez, também reconhece tanto nas regras, quanto nos princípios, a perfeita configuração de norma, porque ambas as espécies normativas “dizem o que deve ser”<sup>443</sup>. Para esse autor, o parâmetro decisivo de diferenciação entre princípios e regras é *qualitativo*. Princípios são “mandamentos de otimização” e nesse sentido “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; enquanto que regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, tratando-se de “determinações” no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível<sup>444</sup>. Alexy fala da distinção do caráter “prima facie” detectável nessas duas espécies normativas. Os princípios estabelecem uma direção a ser seguida, e por isso mesmo não contêm um “mandamento definitivo”, enquanto que essa

<sup>438</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 85

<sup>439</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36

<sup>440</sup> Ibidem, p. 39

<sup>441</sup> Ibidem, p. 41

<sup>442</sup> Ibidem, p. 43

<sup>443</sup> “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 87.

<sup>444</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 90-91

definitividade é encontrada nas regras, na medida em que estas exigem que seja feito aquilo que elas determinam. Princípios serão sempre razões “prima facie” e regras sempre razões definitivas<sup>445</sup>.

Luís Roberto Barroso explica que regras contêm um relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem; enquanto que os princípios possuem um maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema<sup>446</sup>. Gustavo Zagrebelsky assevera que regras esgotam-se em si mesmas, descrevendo o que deve, não deve ou pode ser feito; enquanto que os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando valores e critérios capazes de nortear a compreensão e a aplicação das regras diante do caso concreto<sup>447</sup>.

Humberto Ávila, em certo sentido, critica esses posicionamentos, principalmente no que concerne à consideração dos princípios como “mandados de otimização”, ao fundamento de que tanto regras, quanto princípios, possuem o mesmo conteúdo de “dever-ser”, com a diferença de que os princípios determinam a conduta a ser seguida de modo indireto (daí “prima facie”), enquanto que as regras estabelecem o comportamento a ser observado de modo frontal<sup>448</sup>. Segundo Ávila, regras são normas com feições imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, no sentido de descreverem uma conduta buscando determinada finalidade; enquanto princípios devem ser considerados como normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, no sentido de visarem a um fim e apenas secundariamente prescreverem ou pressuporem uma conduta. Confira-se:

Com efeito, como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido<sup>449</sup>.

<sup>445</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 103-105

<sup>446</sup> BARROSO, op. cit., p. 30

<sup>447</sup> "Así pues – por lo que aquí interesa –, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto." (grifos do autor) ZAGREBELSKY, op. cit., p. 110.

<sup>448</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 63

<sup>449</sup> Ibidem, p. 75

O autor mencionado concebe os seus critérios de distinção entre regras e princípios, partindo de uma visão “heurística”, pela compreensão de que o significado dos dispositivos funciona como um “modelo”, uma “hipótese provisória”, um ponto de partida, por isso mesmo passível de reconstrução, segundo concepções axiológicas que *não estão no texto, mas no intérprete*. Ávila também fala da possibilidade de um ou mais dispositivos funcionarem como pontos de referência para a construção de regras e princípios, explicando que esses dispositivos, ou a implicação lógica deles, podem exibir uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) ou mesmo metódica (postulado) <sup>450</sup>.

Diante do que se disse até aqui, e consideradas as colocações doutrinárias acima descritas, já é possível uma primeira afirmação, cujo afloramento auxiliará em conclusões futuras: as normas continentais de direitos fundamentais, sejam regras (imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas), sejam princípios (imediatamente finalísticos e mediatamente condutivos), sempre conterão um comando, sempre ostentarão um conteúdo deôntico, cuja aplicação em casos concretos é perfeitamente possível. Afinal, casos concretos podem ser decididos tanto por normas que digam “o que fazer (regras), quanto por normas que estabeleçam “como deve ser” (princípios)” <sup>451</sup>.

Por outro lado, considerado o próprio modo de ser de regras e de princípios, a abordagem que aqui se desenvolve foca não tanto as primeiras, mas especialmente os segundos. Como leciona Humberto Ávila, as regras representam uma espécie de “decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses”, exercendo uma função definitiva, na medida em que estabelecem o comportamento que deve ser adotado para que determinada finalidade seja atingida <sup>452</sup>. Nesse contexto, se os princípios estabelecem um fim a ser atingido, e apenas mediatamente pressupõem os meios para a sua consecução, e se as regras constituem, exatamente, a eleição desses meios, é fora de dúvida que as regras já possuem, em si mesmas, a força jurídica capaz de suplantar leis de menor hierarquia, na exata medida em que esplendem o mesmo tipo de eficácia ou exercem a mesma função que deveriam desempenhar essas leis menores.

É disso que fala Gustavo Zagrebelsky, quando associa a noção de “regra” às “normas legislativas”, e a noção de princípios às “normas constitucionais”, de modo a poder distinguir, ao menos em grandes traços, princípios de regras do mesmo modo que se

---

<sup>450</sup> ÁVILA, op. cit., p. 68-69

<sup>451</sup> Ibidem, p. 72

<sup>452</sup> Ibidem, p. 103

distinguem Constituição de lei<sup>453</sup>.

Já quanto à força jurídica dos princípios, a questão mostra-se mais complexa, exatamente em função das características dessas normas. Se considerada a posição de Robert Alexy, princípios são “mandamentos de otimização”, cuja satisfação pode se dar em variados graus<sup>454</sup>. E se levada em consideração o que diz Humberto Ávila, princípios impõem a busca por um estado ideal de coisas, mas não prescrevem o específico comportamento a ser levado a efeito para que tal objetivo se materialize<sup>455</sup>.

Apesar disso, em que pesem a generalidade e a abstração ínsitas às normas principiológicas, é inquestionável que também elas produzem efeitos jurídicos, capazes de colmatar lacunas normativas, suplantar descompassos sociais, corrigir injustiças, disciplinar o caso concreto enfim.

Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, “princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-nas sob seu âmbito de proteção”, de forma a projetarem-se sobre a realidade e servirem não só de fundamento para normas específicas, mas também como critério de dimensionamento da lei<sup>456</sup>. Humberto Ávila, embora sustente a precedência das regras, em detrimento de princípios, explica que essa solução só é cabível quando se tratar de colisão de normas de mesma hierarquia, pois quando em atrito uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional, sempre prevalecerá a primeira, independentemente da espécie normativa envolvida (princípio ou regra)<sup>457</sup>. Robert Alexy assevera que tanto regras, como princípios, podem ser razões para juízos concretos do dever-ser<sup>458</sup>. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos falam da “eficácia positiva

---

<sup>453</sup> “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 109-110.

<sup>454</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 90

<sup>455</sup> ÁVILA, op. cit., p. 73

<sup>456</sup> MARINONI, op. cit., p. 48-49

<sup>457</sup> “Conexo a essa questão está o conflito de normas, especialmente entre princípios e regras. Normalmente, afirma-se que, quando houver colisão entre um princípio e uma regra, vence o primeiro. A concepção defendida neste trabalho segue percurso diverso. Em primeiro lugar, é preciso verificar se há diferença hierárquica entre as normas: entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal, deve prevalecer a primeira; e se houver um conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isso quer dizer que a prevalência, nessas hipóteses, não depende da espécie normativa, mas da hierarquia.” ÁVILA, op. cit., p. 105.

<sup>458</sup> “Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios, acima mencionados, classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser também razões para

ou simétrica” das normas constitucionais, presente inclusive nos princípios, que assegura ao interessado a possibilidade de exigir o cumprimento do princípio inobservado, inclusive na via judicial se necessário<sup>459</sup>.

Transportados todos esses argumentos para a questão central deste trabalho, ou seja, a possibilidade de simplificação processual, como forma de propiciar acesso à Justiça, não parece pairar dúvidas de que, diante de princípios constitucionais que tutelem o processo e sua efetividade - a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal, a razoável duração do processo, o contraditório qualificado -, qualquer formalidade processual, ainda que expressamente prevista em dispositivo infraconstitucional, como são normalmente as leis processuais, poderá ser suplantada, se sua observância prejudicar o cumprimento dessas normas constitucionais.

Dito de outro modo, se preceitos preconizadores de direitos fundamentais produzem efeitos normativos; se um princípio constitucional deve ser considerado como “mandado de otimização”, para que o valor ali reconhecido e normatizado seja realizado na maior medida possível; se também os princípios ostentam o conteúdo do “dever-ser”, é inafastável que também eles, os princípios, possam produzir a norma processual para o caso concreto, inclusive suplantando regras infraconstitucionais que, a despeito de específicas, não atinjam as finalidades preconizadas pelos princípios constitucionais ou se desviem daquela direção por eles apontada.

Antônio Cortês fala da autonomia dos princípios jurídicos e da possibilidade de a sua utilização propiciar soluções “contra legem”, mas “secundum ius”. Para esse autor, a própria figura do “abuso de direito”, utilizada em várias situações para afastar uma norma legal que se apresenta injusta, em muitas hipóteses não se trata disso, propriamente, mas sim da aplicação, a casos específicos, da força normativa de princípios jurídicos. Nesse sentido, qualquer instituto jurídico haverá de ser manejado com base na lei, mas a ela conjugando-se os princípios jurídicos, que em determinadas situações poderão suplantá-la. Confira-se:

Na verdade, qualquer norma legal – incluindo as normas que, em abstracto, conferem direitos ou outras posições jurídicas de vantagens – tem de ser aplicada em conjugação com os princípios que normativamente definem o Direito como Direito. Isso significa que a existência efectiva ou a possibilidade de exercício dos direitos abstractamente previstos na lei está dependente de, em concreto, essa existência ou esse exercício não serem contrários a um qualquer

---

outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas.” ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 107.

<sup>459</sup> BARROSO; BARCELLOS, op. cit., p. 368

*princípio jurídico*. E cada princípio jurídico deverá operar com os seus *requisitos dogmáticos próprios* e com a sua *intensidade normativa específica*. Sabe-se que há normas legais estritas que estabelecem prazos de prescrição ou caducidade, outras que exigem formas legais e outras, ainda, que definem direitos ou deveres. Ora ao aplicar essas normas, nunca o julgador poderá abdicar de verificar se, em concreto, essa aplicação não se traduz na *violação de um princípio de Direito*. Terá de aplicar essa norma específica em conjugação com os princípios jurídicos que decisivamente definirão o seu sentido e alcance<sup>460</sup>. (grifos do autor)

Do que se disse neste tópico, é de reter-se que o ordenamento jurídico brasileiro elevou à categoria de direito fundamental os princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da razoável duração do processo e do contraditório qualificado. A normatividade desses princípios, decorrentes de sua elevação ao patamar constitucional, autoriza que, no caso concreto, quando se verifique a lacuna da lei processual, a sua defasagem em relação aos fatos da vida, ou a sua injustiça em face de específica situação, o operador do processo produza a regra do caso concreto, de forma que melhor atenda a esses preceitos constitucionais.

A suplantação do formalismo, cujo desvirtuamento traz consigo a inefetividade do processo, deve passar, necessariamente, pela compreensão de que princípios constitucionais, porque também normas, podem e devem ser manejados em prol de um processo mais célere, mais efetivo, mais cidadão e por isso mais justo.

---

<sup>460</sup> CORTÊS, António Ulisses. **Jurisprudência dos Princípios**: Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 308

## 5 PROCESSO E PRÁTICA

Nas linhas passadas, ressaltou-se a supervalorização do processo, em detrimento de seus escopos, assim como a necessidade da inversão desses valores, através do revigoramento da própria “permeabilidade axiológica” ínsita ao sistema processual.

A partir dessa ideia, discorreu-se sobre a teoria da instrumentalidade das formas processuais, destacando-se a necessidade de essa visão instrumental não se restringir a aspectos endossistemáticos; não se limitar à compreensão do ato processual, isoladamente considerado, mas expandir-se para fora do processo, de modo que a finalidade e a proficiência de todo o sistema processual sejam aferidas num contexto realístico, no qual a importância do processo esteja ligada ao grau de efetividade que possa empreender à tutela jurisdicional, e à diferença que possa fazer na própria vida das pessoas.

Também foi objeto dessa abordagem a crítica à própria lei processual que, como acontece nos demais quadrantes do direito, também no âmbito do processo perdeu substância, em função do pluralismo jurídico e da incapacidade de sua absorção pelo sistema legislativo atual.

Diante dessa constatação, sustentou-se que essa inconsistência da lei se suplanta pela elevação de certos direitos e certas garantias processuais ao nível da Constituição, na qual adquirem feição normativa, passando a reger o ordenamento jurídico também no que diz respeito ao sistema processual, inclusive descendo à concretude de casos específicos.

Para este capítulo, o objetivo é demonstrar, na prática, de que modo se materializam esses posicionamentos acima sustentados, sobre a instrumentalidade do processo, sobre a interpretação instrumentalista da própria lei processual, sobre a aplicação direta de princípios e regras constitucionais no processo do caso concreto.

Esta seção abordará de que forma a instrumentalidade que se sustenta neste trabalho pode relativizar certos institutos processuais, assim como indicará limites a essa instrumentalidade e a essa relativização, detectados na própria Constituição.

## 5.1 O PROCESSUALISTA

A despeito do objetivo central deste capítulo, para antes dele, afigura-se necessária a análise de uma questão precedente e prejudicial: a postura do próprio operador do direito frente a esse ambiente de ruptura.

Gustavo Zagrebelsky fala da feição estática de que se impregna o positivismo jurídico, que faz com que o direito seja visto como uma ciência secundária, incapaz de dominar os seus próprios fins, e seus juristas tidos como meros “técnicos do direito”<sup>461</sup>. Para os propósitos deste trabalho, é irrazoável e contraproducente que o direito processual e o próprio processo, como instrumento pelo qual a jurisdição se materializa, sejam vistos sob esse prisma – estático e anódino.

Miguel Reale, quando fala das “ciências especulativas” e das “ciências práticas”, explica que as primeiras referem-se àquelas que têm por objeto “uma ordem de relações necessárias, insuscetível de ser alterada por nossa inteligência e por nossa vontade”, como seria, por exemplo, o caso da astronomia ou da física; ao passo que as segundas caracterizam-se por “estudarem ordens de relações contingentes, suscetíveis de ser modificadas segundo fins que nos são conaturais”, do que são exemplos a ética e o próprio direito<sup>462</sup>. O mesmo Zagrebelsky, destacando o caráter prático da ciência do direito, faz distinção entre ciências teóricas e ciências práticas, para explicar que estas têm como âmbito material o que, podendo ser de um modo ou de outro, está compreendido no raio de influência da ação humana, enquanto que naquelas o homem simplesmente se põe em relação com o mundo que não muda e nem é mutável segundo o seu interesse<sup>463</sup>.

A ênfase à praticidade ínsita ao direito e à sua condicionalidade ontológica é *propositiva* neste tópico, que pretende centrar-se na própria ação humana como fator de evolução do sistema processual.

---

<sup>461</sup> “La producción de normas sería una actividad a-racional y, a su vez, la reflexión científica, al tener como objeto una mera voluntad transcrita en normas, podría definirse como ciencia sólo en un sentido secundario o instrumental. Se trataría de una ciencia que no domina sus propios fines. Más que de ciencia jurídica se debería hablar de técnica jurídica, al servicio de otra cosa y de otros. Quienes piensen que ser buenos juristas significa ser buenos ‘técnicos del derecho’ se enorgullecerán de esta servidumbre.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 120.

<sup>462</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268-270

<sup>463</sup> “Se consideran ciencias teóricas aquellas en las que el hombre se pone en relación con el mundo que no cambia ni es cambiante según el interés humano (así son las ciencias de la naturaleza y las ciencias de lo divino). Por el contrario, se consideran ciencias prácticas aquellas que tienen como ámbito material lo que, pudiendo ser de un modo o de otro, está comprendido en el radio de influencia de la acción humana.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 120:

Na lição de Jean-Louis Bergel, “os usos e os métodos dos profissionais participam igualmente da vida e da evolução do direito e servem com freqüência de complemento para as leis e as regulamentações”<sup>464</sup>.

O sistema processual, instrumental por natureza, decerto que se densifica e se aperfeiçoa pela ação do operador do direito, com destaque para a figura do juiz, a quem compete empreender prestação jurisdicional de modo proficiente, e a quem não parece caber mais a condição de mero assistente, um “convidado de pedra” diante do duelo travado entre as partes.

Mauro Cappelletti fala da “função criativa” que sempre tocou aos juízes, mas que se intensificou sobremaneira, especialmente em função da superação desse mesmo positivismo jurídico antes mencionado. Segundo esse autor, “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’”, tocando-lhe, ao contrário, responsabilidades pessoal, moral, política e jurídica quanto às suas escolhas<sup>465</sup>. E uma tal assertiva deve dizer respeito inclusive à condução do processo, dada a magnitude desse método de solução de controvérsias, no que tange aos escopos estatais estabelecidos a seu respeito.

Cândido Rangel Dinamarco fala da “arte processual” que cabe aos operadores do sistema de um modo geral, que a par do conhecimento da técnica a aplicar e da ciência que lhe dá sentido racional, deve tocar-lhes a indispensável sensibilidade às legítimas exigências e aspirações dos jurisdicionados. Segundo Dinamarco:

Não se terá um *processo justo*, ou seja, capaz de conduzir a resultados substancialmente justos, sem a sensibilidade que conduza os operadores do sistema a aplicar convenientemente os grandes princípios sintetizados na cláusula *due process of law*. Tal sensibilidade *artística* é essencial à correta condução do processo e dela precisam estar imbuídos todos os artífices deste<sup>466</sup>.  
(grifos do autor)

José Roberto dos Santos Bedaque, de sua parte, condena o “processualismo exagerado”, que leva ao amesquinhamento da função jurisdicional e à transformação dos juízes em meros controladores de formalidades<sup>467</sup>. O apego exagerado ao formalismo, diz Bedaque, “acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no

<sup>464</sup> BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 86

<sup>465</sup> CAPPELLETTI, Juízes legisladores?, p. 32-33

<sup>466</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 62

<sup>467</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 30

burocrata incumbido de conduzi-lo”<sup>468</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira fala da necessidade de um juiz ativo, efetivo diretor do processo, capaz de dar curso rápido e proficiente aos trâmites processuais, e de proporcionar a cooperação necessária ao seu rápido desenvolvimento<sup>469</sup>.

Tudo somado, a efetividade do processo, apoiada nessa visão instrumental que tem movido este trabalho, só poderá se aflorar, de modo real, só poderá fazer diferença na vida dos cidadãos, se o próprio condutor do processo for um cidadão, cômico de suas responsabilidades, de suas virtudes e também de suas limitações. A figura do “juiz Pilatos”<sup>470</sup>, ou a do juiz “expectador conformado”<sup>471</sup>, de fato é inconcebível nos tempos do Estado Social; muito mais próximo da realidade ou pelo menos do que se espera da realidade é o juiz ativo, marcado pela postura participativa e dialógica, envolvido com as questões relevantes da causa<sup>472</sup>.

José Renato Nalini fala não apenas de uma reforma do Poder Judiciário, com vistas à melhoria do serviço judicial, mas numa “reforma” do próprio juiz, que deve saber ouvir as críticas feitas ao sistema judiciário, e sobre elas meditar serenamente. O juiz lúcido, diz Nalini, “não pode deixar de se reconhecer um agente privilegiado, com poder suficiente para atuar na transformação da sociedade, se em verdade o quiser”<sup>473</sup>. E esse posicionamento aplica-se até com maior ênfase à questão processual, especificamente considerada, do que tudo depende; e se estende a todo e qualquer interessado na solução das demandas trazidas ao Judiciário.

A bem da verdade, essa visão “reformista” não diz respeito apenas à figura do juiz, senão que deve tocar também aos demais atores do processo. Piero Calamandrei já dizia que “o mais precioso trabalho do advogado civilista é o que ele realiza antes do processo, matando os litígios logo no início com sábios conselhos de negociação”<sup>474</sup>. Rodolfo de Camargo Mancuso fala do “vezo” de se submeter à Justiça estatal toda e qualquer demanda, quando seja possível outro tipo de solução<sup>475</sup>.

Bem pensadas as coisas, quase tudo na vida é esgotável, finito. Até mesmo a água, que muitos acreditavam tratar-se de uma dádiva sem-fim, hoje se faz necessário

<sup>468</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 45

<sup>469</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 108

<sup>470</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 229

<sup>471</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 184

<sup>472</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 156

<sup>473</sup> NALINI, op. cit., p. 199

<sup>474</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 148

<sup>475</sup> MANCUSO, op. cit., p. 54

economizá-la, ao menos em prol das futuras gerações. Que dizer então das relações humanas, de que é exemplo o processo, que feito por pessoas e para as pessoas, já dá sinais inconfundíveis de erosão e obsolescência?

O uso parcimonioso do processo é ingente e inexorável. E tal parcimônia passa não só pelo acionamento do Poder Judiciário apenas e na medida do necessário, mas também pela utilização racional e honesta das próprias formalidades processuais.

Quem se vê diante de uma demanda judicial não pode postar-se como um guerrilheiro entrincheirado, pronto para matar ou morrer; menos ainda como um jogador de cartas, um prestidigitador da verdade. A eticidade haverá de estar presente, porque o processo é instrumento ético de solução dos conflitos. É feito para a paz.

Essa ideia deve transcender a qualquer norma legal. Muito mais do que editar leis ou alterá-las em prol da simplificação das formalidades e da celeridade processual, já o disse Bedaque, é preciso mudar mentalidades<sup>476</sup>.

Para que a efetividade do processo se implante e para que as formas não sejam um entrave à sua instrumentalidade, a primeira mudança deve provir dos próprios partícipes da relação processual, das pessoas que nela atuam e dela se utilizam.

De outra parte, esse apelo à reformulação das condutas humanas, esse reclamo pela utilização sensata dos instrumentos processuais, decerto que não pode trazer consigo uma visão “utilitarista” do sistema processual, no seu pior sentido<sup>477</sup>, no qual mais valha a “exterminação em massa” dos processos, do que a solução adequada dos problemas enfrentados pelas pessoas que ali se digladiam.

Rodolfo de Camargo Mancuso detecta o aumento vertiginoso de demandas levadas ao Judiciário, assim como o perfil “quantitativo” das soluções alvitadas pelo Estado, e denuncia a “celeridade a qualquer custo”, cujo resultado é a redução numérica dos processos, mas não a sua solução. Segundo esse autor, esse posicionamento estatal propicia “eliminar” os processos, mas não a possibilidade de “lidar” com eles<sup>478</sup>.

O que se pretende neste trabalho, por óbvio, não é essa postura utilitarista retrógrada, como se fosse possível aferir o nível de eficiência do sistema pelo número de feitos extintos, desimportando saber do grau de satisfação dos interessados, individualmente considerados.

---

<sup>476</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 91

<sup>477</sup> Richard A. Posner fala dos “conhecidos barbarismos da ética utilitarista”, dentre eles o sacrifício de inocentes em nome da felicidade geral da sociedade. (in, POSNER, Richard A.. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 100

<sup>478</sup> MANCUSO, op. cit., p. 171-172

Tim Mulgan fala do “equilíbrio reflexivo” que deve permear o novo utilitarismo, “onde todas as nossas intuições ponderadas se encaixam”<sup>479</sup>. E Ronald Dworkin fala do “utilitarismo de regras” como uma das teorias políticas capazes de unir os direitos e as metas não de modo causal, mas de forma a fazer com que a força de um direito dependa do seu poder, como direito, de promover alguma meta coletiva. Nesse contexto, um ato seria correto apenas se a aceitação geral de uma regra que exige tal ato pudesse melhorar o bem-estar médio dos membros de dada comunidade<sup>480</sup> - hipótese inatingível se o que importar for apenas o número de processos extintos e não a solução da crise de direito neles envolvida.

Afinal, por entre as folhas amareladas dos autos processuais, ou por entre os “bits” do processo eletrônico, podem estar - e geralmente estão - pessoas infelizes à espera da liberdade injustamente tolhida ou da restituição do bem ilegitimamente sonogado. Solucionar o problema dessas pessoas não é acabar com o processo em que se debatem - como se enxaquecas devessem ser combatidas com guilhotinas -, mas dizer a elas quem tem razão. Colocá-las num quadro estatístico ou incluí-las como simples metas a serem alcançadas pelos órgãos do Poder Judicial pode ser tudo, menos a pacificação social para a qual o próprio processo existe.

A simplificação processual se faz com a utilização sensata da norma processual, esteja ela inserida num código ou numa constituição. Trata-se de interpretar o direito processual com os olhos voltados para a efetividade do processo e, mais do que isso, com os olhos voltados para a vida, da qual o sistema processual deve aproximar-se, o mais possível.

É disso que se pretende tratar nos tópicos subsequentes.

## **5.2 A LEI PROCESSUAL INTERPRETADA DE MODO INSTRUMENTAL**

Já se disse em outros pontos deste trabalho que a própria lei processual é instrumental. Aliás, a ênfase à questão instrumental tem permeado todo o texto até aqui desenvolvido, sempre com o objetivo de firmar posição no sentido de que as formas processuais devem ter um sentido secundário e inessencial, ou pelo menos deverão ceder passo à efetividade do processo e à tutela das pessoas que ali se enfrentam.

---

<sup>479</sup> MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 87

<sup>480</sup> DWORKIN, op. cit., p. 149

Relembre-se o que já se disse em tópicos passados, a respeito de os atos processuais ostentarem feição causal e não formal – no sentido de sempre prevalecer o seu conteúdo e não a sua forma. Bem por isso, o ato processual, mesmo que defeituosamente realizado, será considerado válido, desde que a finalidade por ele visada tenha sido alcançada. Destaque-se, por oportuno, que em certas situações até mesmo a inexistência do próprio ato processual é contornável, do que é exemplo clássico a ausência de citação que venha a ser suprida pelo comparecimento espontâneo do réu à relação processual, como expressamente prevê o artigo 214, § 1º, do Código de Processo Civil<sup>481</sup>.

Com efeito, se até mesmo o ato de culminância do princípio do contraditório – a citação -, aquele pelo qual se angulariza a própria relação processual, não assume foros de essencialidade, parece inafastável o entendimento de que nenhum outro ato poderá ostentar uma tal magnitude. Eis aí, portanto, a evidência da instrumentalidade que permeia todo o sistema processual.

E é exatamente essa plena consciência da instrumentalidade informadora do sistema processual que deverá inspirar o seu operador. José Roberto dos Santos Bedaque explica que o rigorismo formal deve ser mitigado por mecanismos de flexibilização, por ele chamados de “temperamentos”, assim consideradas a instrumentalidade dos atos processuais, a ausência de prejuízo e a economia processual. Nas palavras do autor:

O que importa, pois, é o resultado do ato, sendo a forma instrumento destinado a alcançá-lo. Sua atipicidade – isto é, a não correspondência entre o que ocorre concretamente e o modelo legal abstrato – passa a ser fenômeno irrelevante se, não obstante isso, o resultado se verificar. A instrumentalidade da forma é mero reflexo interno da visão instrumentalista do próprio processo<sup>482</sup>.

Com efeito, tudo muda a partir dessa visão. Nada tem maior importância do que a solução da demanda, muito menos o tecnicismo que tem marcado o sistema processual. Cândido Rangel Dinamarco assim ressalta, quando destaca a condição do juiz de agente político do Estado, portador do próprio poder estatal, que, nessa condição, não poderá ser enclausurado em “cubículos formais do procedimento”, sem liberdade de movimentos e com escassas possibilidades de criação<sup>483</sup>. Há mesmo que se repelir a ideia do processo como um “labirinto”, no qual a parte se arrependa, amargamente, por nele ter ingressado, ou como uma “camisa-de-força” que retira do juiz qualquer possibilidade de

---

<sup>481</sup> §1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

<sup>482</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 440

<sup>483</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 153

adotar soluções adequadas à especificidade do caso concreto<sup>484</sup>.

A lei processual e as formas processuais por ela estabelecidas deverão de ser encaradas sempre sob esse enfoque, ampliando o ângulo de visão a ponto de ter por referência o sistema processual como um todo, e não apenas o ato processual, sendo certo que dessa postura decorrem importantíssimas consequências, nem sempre reconhecidas pelos partícipes do processo e em certa medida repelidas pela própria doutrina processual.

A seguir serão abordadas, exemplificativamente, algumas situações nas quais a visão instrumentalista ampliada deve marcar presença, inclusive alterando posicionamentos já arraigados na doutrina e na jurisprudência, ou até mesmo fixados na lei.

### 5.2.1 Fungibilidade dos meios processuais

O Código de Processo Civil, no seu artigo 273, § 7º<sup>485</sup>, traz hipótese em que a própria lei autoriza a chamada “fungibilidade dos meios processuais”, em especial modo no referente às chamadas “medidas de urgência”. Segundo mencionado dispositivo legal, ao juiz é autorizado conceder a medida necessária, seja cautelar, seja antecipatória da tutela de mérito, desde que presentes os requisitos legais, ainda que a parte não a tenha formulado de modo correto<sup>486</sup>.

No mesmo sentido podem ser considerados os artigos 461<sup>487</sup> e seguintes do CPC, que propugnam pela obtenção de tutela jurisdicional específica, assim entendida aquela que guarde correspondência com o tipo de direito postulado, nessa direção estando autorizado o juiz, a empreender medidas que se mostrem aptas a esse intento<sup>488</sup>.

---

<sup>484</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 52

<sup>485</sup> § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

<sup>486</sup> Para José Roberto dos Santos Bedaque, mencionado dispositivo legal não trata apenas de resolver o problema terminológico da medida requerida, e sim de autorizar o juiz a adequar a medida postulada às necessidades da causa, empreendendo a providência mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 844

<sup>487</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>488</sup> “O processo deve se estruturar de modo a permitir a prestação de formas de tutela prometidas pelo direito material. Portanto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 425).

Essa ideia da fungibilidade não precisa - e na verdade não deve - se restringir à questão da tutela de urgência ou à obtenção de providência jurisdicional específica, muito menos limitar-se a casos expressamente autorizados pela lei. Se o que se aflora do sistema processual é a sua instrumentalidade nata; se o que interessa não é a forma com que se estrutura o processo (ou o procedimento), mas a sua utilidade para aqueles que ocorrem ao sistema judicial, decerto que a providência jurisdicional, para ser implementada, não está atrelada a gabaritos rígidos, verdadeiros rituais inalteráveis. Ainda que equivocadamente proposta certa medida ou praticado certo ato processual, afigura-se possível ao juiz dar-lhe o tratamento adequado, em nome da proficiência e da efetividade do processo, sempre que ausente o prejuízo, seja às partes, seja à ordem pública.

Aliás, a fungibilidade de que se trata neste tópico inspira-se na fungibilidade dos atos processuais, tal como prevista no artigo 244 do CPC<sup>489</sup>, mas não se circunscreve a eles. Fredie Didier Júnior fala em “fungibilidade dos meios processuais” (e não dos atos processuais apenas), como evidência da aplicação, no processo, da regra de conversão do ato nulo prevista para o direito civil<sup>490</sup>. Essa regra do direito material, estabelecida no artigo 170 do Código Civil<sup>491</sup>, explica Humberto Theodoro Júnior, baseia-se na “idéia de admitir a *substituição* de um negócio jurídico por outro, em razão da invalidade do substituído, e no intento de proteger e manter a *relevância jurídica da declaração de vontade* que lhe deu origem”<sup>492</sup>. E uma tal concepção parece plenamente aplicável à questão processual, máxime em função da instrumentalidade que aqui se defende.

Teresa Arruda Alvim Wambier enfrenta esse tema e vai além, quando assevera que a fungibilidade não se restringe às espécies recursais e mais, não requer nem mesmo a “conversão” do remédio processual proposto inadequadamente pelo que se apresenta mais adequado para o caso, e sim a aceitação daquela medida processual proposta como apta a surtir os efeitos jurídicos necessários<sup>493</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque fala, por exemplo, da possibilidade de os

---

<sup>489</sup> Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

<sup>490</sup> DIDIER JÚNIOR, Curso, p. 233

<sup>491</sup> Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

<sup>492</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. III, t. I, p. 533

<sup>493</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 06, p. 38

embargos à execução, interpostos sem garantia do juízo, serem recebidos como ação declaratória negativa, no que se estaria homenageando a instrumentalidade do processo, empreendendo economia processual e com isso sem impingir prejuízo a nenhum dos contendores<sup>494</sup>.

Outras hipóteses são extraíveis da jurisprudência, do que é exemplo o acolhimento de “embargos à execução” como se de impugnação ao cumprimento da sentença se tratasse, desde que observados o prazo legal e as matérias passíveis de arguição por intermédio desse remédio processual<sup>495</sup>.

E outras inúmeras situações podem ser concebidas, como, por exemplo, a própria ampliação do princípio da “fungibilidade dos recursos”. Muito embora esse princípio seja correntio no sistema, a despeito de não previsto expressamente<sup>496</sup>, afigura-se possível ampliá-lo ainda mais, principalmente restringindo ao mínimo necessário o que se tem chamado na prática forense de “erro grosseiro”.

Aliás, a própria expressão – “erro grosseiro” -, em que pese proveniente de antiga tradição<sup>497</sup>, parece inapropriada e mesmo pernóstica, se considerada a feição ética do processo moderno, que não pode mais ser tido como uma atividade que se desenvolve numa mesa de jogo ou num campo de batalha. Erros grosseiros podem ser condenáveis do ponto de vista da técnica processual e até mesmo da reputação profissional de quem os comete, mas não podem constituir verdadeiras sentenças de morte àquele que tenha um legítimo direito vilipendiado, e que só por isso ocorre aos tribunais.

Jorge Americano já dizia, a propósito do CPC de 1939, expresso ao consagrar o princípio da fungibilidade recursal, que a nulidade não é o fim do processo,

<sup>494</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 120

<sup>495</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Execução de Título Judicial. Embargos à Execução. Embargos à execução opostos dentro do prazo para apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença possibilidade de recebimento como impugnação, por se tratar de matéria prevista no art. 475- L do CPC aplicação dos princípios da fungibilidade, da instrumentalidade processual e da efetividade da tutela jurisdicional impenhorabilidade do bem veículo alienado fiduciariamente término do contrato de financiamento no curso da ação bem de uso de idoso e profissional incorrência necessidade de manutenção da penhora e da r. sentença. Recurso dos executados não provido, com observação. Apelação com Revisão nº 0002998-03.1999.8.26.0510. Apelantes Euripedes dos Santos e Leumir Pereira dos Santos e apelado Osvaldo Beltramim. Relatora Des. Berenice Marcondes Cesar. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 27 jul. 2013.

<sup>496</sup> “A exata correspondência entre a decisão recorrida e o recurso que a impugna, dito requisito da *adequação do recurso*, tem sofrido constante abrandamento na prática judiciária brasileira, que vem tolerando, cada vez com maior frequência, o emprego equivocado de um recurso por outro, sempre que os pressupostos de admissibilidade do recurso cabível estejam satisfeitos, de modo que se pode afirmar, sem exagero, que o sistema brasileiro consagra – não obstante a ausência de qualquer previsão legal – o chamado *princípio da fungibilidade dos recursos*.” (grifos do autor). BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 420.

<sup>497</sup> O Código de Processo Civil de 1939 a consagrava de modo expresso, no seu artigo 810: Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

que por isso mesmo não se deve pronunciar quando o suprimento for possível ou quando a intenção se tenha objetivado ainda que por forma inadequada<sup>498</sup>.

Os tribunais brasileiros, a despeito disso, apresentam inúmeros julgados cuja simples inadequação formal do recurso, que nenhum prejuízo acarreta ao processo ou aos contendores, tem sido erigida a fundamento para a sua própria denegação. É o que se tem visto, por exemplo, na aplicação do artigo 475-M, § 3º do CPC, que prevê, como recurso cabível para impugnar decisão que resolve a fase de cumprimento da sentença, o recurso de agravo de instrumento, salvo quando tal decisão implicar a extinção completa da execução, o que fará ensejar apelação<sup>499</sup>.

A interpretação rigorosa, portanto equivocada desse dispositivo, tem embasado o trancamento de agravo de instrumento tirado de decisão que extingue por completo a execução<sup>500</sup>, quando a única consequência para um tal equívoco deveria ser a adequação do recurso interposto, erroneamente, à realidade fática do processo. Afinal, extinta a execução e interposto agravo de instrumento, não se mostra prejudicial nem às partes e nem à ordem pública, que tal recurso seja processado e analisada a insurgência nele contida. A única distinção entre apelação e agravo de instrumento, para o caso previsto no artigo 475-M, § 3º do CPC, tem feições meramente práticas, porque atreladas ao fato de o recurso ser processado ou nos próprios autos, caso de apelação, ou em autos distintos, caso de agravo de instrumento<sup>501</sup>.

Com efeito, se processo é instrumento ético de solução de controvérsias, e

---

<sup>498</sup> AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1943, v. 4, p. 12

<sup>499</sup> § 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

<sup>500</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo de execução. Extinção do feito. Recurso cabível. Art. 475-M, § 3º, do CPC. Apelação. Interposição de agravo de instrumento. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o recurso cabível contra decisão extintiva da execução é a apelação, e não o agravo de instrumento, à luz do art. 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil. Ademais, salienta-se que a interposição de agravo de instrumento caracteriza erro grosseiro e não permite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, cabível apenas na hipótese de dúvida objetiva. 2. No presente caso, apesar dos embargos terem sido apresentados em 21.6.2006, dias antes da entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, os embargos à execução foram processados na vigência da nova regra com a interposição do agravo de instrumento em 07.02.2011, quando não havia mais dúvida acerca do recurso a ser apresentado. Assim, configurado o erro grosseiro, não se justifica a aplicação do princípio da fungibilidade. 3. Agravo regimental não provido. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial, EDcl no AREsp 304741 / MG. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29 jul. 2013.

<sup>501</sup> “É óbvia a *ratio* dessa louvável distinção bastante pragmática trazida ao Código de Processo Civil, porque a) quando a execução deve continuar apesar da procedência da impugnação, o processamento simultâneo da apelação seria um óbice à sua fluência, sendo por isso mais racional a opção pelo agravo, mas (b) quando a sentença proferida na oposição determina a extinção do processo ou fase executiva, esse inconveniente não existe, inclusive porque o efeito suspensivo da apelação (art. 520, *caput*) impede que a execução prossiga enquanto o recurso não for julgado.” (grifos do autor) DINAMARCO, Instituições, v. IV, p. 841.

se o seu objetivo primordial é tutelar as pessoas que a ele acorrem, especialmente dando guarida ao direito para quem o tem, o simples equívoco de formulação, por mais manifesto que se apresente, por mais “grosseiro” que pareça, não poderá levar à nulidade do ato processual, desde que seja possível o seu aproveitamento, sem prejuízo aos atores processuais e à própria ordem pública.

Contra esse entendimento se mostra, por exemplo, Araken de Assis, que embora aponte doutrina favorável à tese aqui defendida, baseada no combate ao formalismo e no realce à instrumentalidade processual (Sidnei Amendoeira Júnior), entende que o tratamento hoje dispensado pela jurisprudência para a questão do “erro grosseiro” é mais equilibrada, pois segundo esse autor “a parte adversa tem direito à preclusão”<sup>502</sup>.

A questão da preclusão, aliás, é outro dos elementos do processo cuja aplicação merece relativização, conforme se verá no próximo tópico.

### 5.2.2 Relativização do instituto da preclusão

Não se ignora a importância que tem para o processo e em especial modo para a aceleração do procedimento, o instituto da preclusão. Para Arruda Alvim, trata-se da “espinha dorsal” do processo, no que diz respeito ao seu andamento, dessa forma interferindo na dinâmica processual como elemento propulsor<sup>503</sup>.

A despeito disso, em certas e específicas situações, o instituto da preclusão haverá de ter a sua aplicação mitigada ou relativizada, em prol de um processo mais acessível e de consequência mais justa.

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, “a preclusão consumativa dá-se quando uma determinada faculdade processual já foi proveitosamente exercida, no momento adequado, tornando-se impossível o exercício posterior da mesma faculdade de que o interessado já se valeu”<sup>504</sup>. Dinamarco concebe preclusão consumativa como a perda de uma faculdade ou de um poder, “pelo exercício da própria faculdade ou poder”<sup>505</sup>.

Nesse contexto, não parece razoável impedir que determinado ato processual seja *refeito*, ao fundamento de que incidente preclusão consumativa, quando a sua repetição tiver *feição saneadora*, quando o objetivo for aperfeiçoar ou substituir o

<sup>502</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103

<sup>503</sup> ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 296

<sup>504</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 210

<sup>505</sup> DINAMARCO, Instituições, v. II, p. 466-467

primeiro ato, errônea ou incorretamente praticado. Pense-se na hipótese nada incomum nos dias atuais, de juntada de peça processual incompleta, decorrente de problemas ligados aos sistemas computadorizados. Nesse caso, afigura-se perfeitamente possível que o ato se repita, desde que dentro do prazo estabelecido originariamente, porque disso nenhum prejuízo advirá a qualquer das partes.

José Roberto dos Santos Bedaque dá o exemplo do recurso repetido, *ainda dentro do prazo previsto na lei*, em função da irregularidade da primeira interposição<sup>506</sup>; e também fala da hipótese em que contestação e reconvenção são apresentadas *dentro do prazo para a defesa*, mas em momentos diferentes<sup>507</sup>, e não vê, em nenhum desses casos, qualquer teratologia.

Em verdade, nessas situações acima descritas, o afastamento da preclusão consumativa homenageia a instrumentalidade do processo, sem prejuízo a qualquer das partes ou à ordem pública, e ainda com economia processual. Afinal, qual seria o prejuízo à parte contrária ou à ordem pública, pela repetição do ato processual ainda dentro do prazo estipulado? Se o que se espera do processo é que ele garanta tutela às pessoas que dele se socorrem, decerto que o seu desenvolvimento não pode produzir “armadilhas processuais”, pois não é essa a sua finalidade.

Apesar disso, a jurisprudência majoritária tem-se manifestado em sentido contrário, quando, por exemplo, nega seguimento a recurso interposto via fax, no caso de a transmissão não se realizar de modo adequado, mesmo que tempestivamente a retransmissão tenha sido providenciada<sup>508</sup>.

Por sua vez, a preclusão temporal, explica o mesmo Baptista da Silva, revela-se na “perda de uma faculdade processual em virtude de seu não exercício no momento previsto para sua realização”<sup>509</sup>. O conceito de preclusão temporal, na verdade, vem estabelecido na própria lei, no artigo 183 do CPC, que prevê a extinção do direito de

<sup>506</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 127

<sup>507</sup> Ibidem, p. 152-153.

<sup>508</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Interposição de Agravo Regimental. FAX incompleto. Art. 4º da Lei 9.800/1999. Não conhecimento. 1. O Agravo Regimental foi interposto por fax em 30.8.2012, de forma incompleta (apresentada apenas a primeira folha). Transmitido novo fax em 31.8.2012, agora completo (com 14 folhas). O original foi posteriormente apresentado. 2. O envio de fax incompleto enseja o descumprimento do art. 4º da Lei 9.800/1999, que estabelece: “quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário”. Precedentes do STJ. 3. A simples alegação de “problemas técnicos” não elimina o ônus daquele que se vale da interposição via fax, e posterior reenvio não elide a preclusão consumativa e o descumprimento da norma (AgRg no AgRg no REsp 1.143.643/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10/3/2010). 4. Agravo Regimental não conhecido. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, AgRg no AREsp 200545 / RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29 jul. 2013.

<sup>509</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 1, p. 209

praticar o ato processual depois de decorrido o prazo para tanto estabelecido<sup>510</sup>.

Considerado esse dispositivo legal, assim como o conceito de preclusão temporal concebido pela doutrina, é no mínimo equivocada a interpretação que se vem empreendendo a esse texto e a essa conceituação doutrinária, pela jurisprudência dominante, quando recursos são denegados - considerados intempestivos -, pelo fato simplista de terem sido aviados *antes* da publicação da sentença recorrida<sup>511</sup>.

Ora, porventura se estaria aí diante da perda do prazo recursal? Qual a diferença substancial entre protocolar o recurso antes ou depois de a decisão ter sido publicada?

A interpretação instrumental da lei processual conduz à relativização das hipóteses de incidência de preclusão, especialmente nessas circunstâncias antes relatadas e outras reveladas pelo caso concreto, em que o processo se desborda de seu caráter publicístico, para se transformar em inimigo não só das partes, mas da própria Justiça.

### **5.2.3 Relativização dos requisitos de admissibilidade da demanda – pressupostos processuais e condições da ação**

Dentro das linhas estabelecidas neste trabalho, que pretende ressaltar a visão instrumental do processo, vários institutos processuais, até então tidos como dogmas intransponíveis, haverão de ceder passo a essa nova perspectiva, ou pelo menos deverão comportar certa relativização ou certa releitura. Como já se disse em outros pontos deste texto, o processo é caudatário do direito material, para o qual existe e se estrutura, e em relação ao qual a interdependência é manifesta.

Bem por isso, os requisitos de admissibilidade da demanda, tal como previstos no ordenamento jurídico brasileiro – pressupostos processuais e condições da ação, estabelecidos nos incisos IV e VI, do artigo 267 do CPC -, deverão ser redimensionados na escala de importância dos institutos jurídicos afetos ao processo, de forma que também eles sejam vistos por esse flanco instrumentalista, e também eles cedam lugar à efetividade do processo.

Como leciona Humberto Theodoro Júnior, para se alcançar a prestação

---

<sup>510</sup> Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

<sup>511</sup> O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, tem Súmula considerando intempestivo recurso interposto antes da publicação da sentença (Súmula/TST 434).

jurisdicional, o processo pelo qual esta se viabiliza deve observar certos pressupostos e certas condições, através dos quais se verificam tanto a validade da relação jurídico-processual que ali se instala (pressupostos processuais), quanto a sua própria eficácia (condições da ação)<sup>512</sup>.

Enrico Tullio Liebman explica que os pressupostos processuais se apresentam como “circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide”, de forma que a ausência de qualquer deles produz a invalidade da relação processual; esclarecendo ainda que, no referente às condições da ação, estas traduzem requisitos para que a lide seja julgada, daí centrar-se a análise a respeito dessas condições na relação entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir<sup>513</sup>.

Na verdade, tanto os pressupostos processuais, quanto as condições da ação, são mecanismos engendrados para que a prestação jurisdicional se viabilize de modo válido e eficaz. Segundo Leonardo Greco, esses pressupostos de exame do mérito somente devem ser considerados legítimos na medida em que assegurem a eficácia do exercício da jurisdição e obstem seja o réu submetido a um processo injusto. Fora disso, devem prevalecer a liberdade formal e o antiformalismo<sup>514</sup>. Dito de outra forma, condições da ação e pressupostos processuais também são, eles mesmos, instrumentais e teleológicos.

Nesse sentido, explica Bedaque que os pressupostos processuais são requisitos cuja exigência tem por finalidade propiciar o nascimento e o desenvolvimento válidos da relação processual, sendo sua razão de ser a “necessidade de conferir ordem ao processo, permitindo que seus sujeitos possam participar ativamente e influir no resultado”<sup>515</sup>.

No direito italiano, Luigi Paolo Comoglio classifica os pressupostos processuais como requisitos mínimos, cuja subsistência permite ao autor instaurar um processo válido, capaz de desenvolver-se dinamicamente até o seu epílogo natural, que é o provimento meritório<sup>516</sup>.

Trata-se, como assevera Theodoro Júnior, de “dados reclamados para

<sup>512</sup> THEODORO JÚNIOR, Curso, v. I, p. 65-66

<sup>513</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. Araras: Bestbook Editora, 2001, p. 104-105

<sup>514</sup> GRECO, op. cit., p. 65-66

<sup>515</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 186

<sup>516</sup> "Si tratta, in altre parole, di verificare quali siano i *requisiti minimi*, la cui sussistenza consente all'attore di instaurare un *processo valido*, capace di svilupparsi dinamicamente fino al suo *epilogo naturale* (che è la *pronuncia di merito* sul fondamento della domanda)". (grifos dos autores) COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 276.

análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual”<sup>517</sup>, e compreendem aspectos subjetivos (investidura, competência, imparcialidade, capacidade civil, capacidade postulatória) e objetivos (forma processual adequada, outorga regular de poderes de representação, inexistência de coisa julgada ou litispendência, aptidão da petição inicial, inexistência de outras nulidades processuais).

Já quanto às condições da ação, explica o mesmo Bedaque tratar-se de “técnica destinada a possibilitar a verificação, já no início do processo, da viabilidade da tutela jurisdicional”<sup>518</sup>. É mecanismo pelo qual o próprio mérito da demanda é analisado, embora por intermédio de cognição superficial, cuja finalidade é apenas verificar a proficiência da ação intentada.

Na lição de Enrico Tullio Liebman, o mérito ou o conteúdo material do processo deve ser definido como “a porção de realidade social que as partes trazem para o processo e sobre a qual o próprio processo é destinado a operar”<sup>519</sup>. E esse é o mesmo objeto com o qual trabalha o operador do processo, na aferição das condições da ação, mas não para dizer quem tenha razão na demanda, e sim para aferir se a prestação jurisdicional, se a própria demanda formulada é plausível, é passível de ser reconhecida ao final do procedimento (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade para agir). A diferença, dizem os processualistas, é apenas de profundidade da cognição. No exame das condições da ação, o operador do processo não desce ao conjunto probatório, apenas verifica, em tese, se é possível prosseguir na prestação jurisdicional de modo proficiente. No exame do mérito, o operador do processo vai às últimas consequências, com o objetivo de reconhecer ou não o direito postulado<sup>520</sup>.

Para o direito italiano, Comoglio destaca que as condições da ação devem ser tratadas como “condições de admissibilidade da demanda” ou como “condições de concessão da tutela”, e devem ser tidas como prejudiciais e distintas em relação à existência efetiva do direito substancial tutelável<sup>521</sup>.

<sup>517</sup> THEODORO JÚNIOR, Curso, v. I, p. 72

<sup>518</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 247

<sup>519</sup> LIEBMAN, Estudos, p. 96

<sup>520</sup> Jose Roberto dos Santos Bedaque faz interessante abordagem a respeito do silogismo que permeia o direito, tendo o ordenamento jurídico ou o direito objetivo como premissa maior, e o caso concreto, as situações fáticas afetas ao interessado, como premissa menor; e destaca que o exame das condições da ação, embora meritório, restringe-se à premissa maior, à conformidade do acontecimento da vida ao direito objetivo e não ao caso concreto. (BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 265).

<sup>521</sup> “Poichè si ha a che fare con *requisiti specifici* cui è comunque subordinata la *normale attitudine* del processo a sfociare in una *pronuncia di merito* sul *diritto* fatto valere in giudizio, è allora più corretto denominarli come *condizioni di ammissibilità della domanda* o come *condizioni di concessione della tutela*, le quali sono di rilevanza pregiudiziale e vanno tenute ben disintinte dal presupposto-base di natura sostanziale, cioè

E neste ponto se apresenta com maior nitidez a visão instrumental que se quer empreender neste trabalho, a respeito desses requisitos de admissibilidade da demanda: *tanto os pressupostos processuais, quanto as condições da ação ostentam importância relativa, instrumental, porque também eles devem servir aos escopos do processo*. Bem por isso, até mesmo essa relação de prejudicialidade ou de precedência de julgamento: pressupostos processuais – condições da ação – mérito, haverá de sofrer os temperamentos a que já se referiu em linhas passadas (instrumentalidade das formas, ausência de prejuízo, economia processual).

Com efeito, existe, de fato, um “dogma” que precisa ser repellido de plano: a prejudicialidade ou precedência das matérias processuais em relação às matérias meritórias não é e não pode ser absoluta. Ainda que, até por conta de critérios lógicos e operacionais, o julgamento da demanda deva iniciar-se pelo exame dos pressupostos processuais, passando pelas condições da ação e atingindo o mérito da contenda trazida a Juízo, haverá situações em que essa ordem de julgamento pode ser invertida, sempre em prol da efetividade do próprio processo<sup>522</sup>.

Nesse contexto, é preciso senão abolir, ao menos abrandar a ideia de que a ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, por envolverem questões relacionadas ao interesse público, deve ser reconhecida em qualquer fase do procedimento e a qualquer custo, como prevê o artigo 301, § 4º, do CPC<sup>523</sup>.

Na verdade, não se nega o cunho publicístico relacionado aos pressupostos processuais e às condições da ação, na exata medida em que não se olvida da natureza publicística do próprio processo, como se tem dito ao longo deste texto. Mas só isso é insuficiente a reconhecer que, em todas as hipóteses de ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, o processo esteja fadado à extinção sem exame meritório.

Como se disse nas primeiras linhas deste tópico, esses requisitos de admissibilidade da demanda (pressupostos processuais e condições da ação) têm por finalidade purificar o processo, escoimá-lo de vícios ou imperfeições capazes de

---

dall'*esistenza effettiva* del diritto tutelabile, su cui dovrà poi fondarsi l'*accoglimento* della domanda medesima.”COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 278.

<sup>522</sup> “O objetivo do trabalho é demonstrar que, não obstante reconhecendo a precedência lógica e natural entre preliminares e mérito, pois com isso se assegura a ordem processual e se evita o prosseguimento de processo inútil, exigências relacionadas a princípios fundamentais do sistema processual podem determinar solução diversa.” BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 177.

<sup>523</sup> “Esse poder do julgador decorre, na espécie, do fato de que qualquer uma das referidas preliminares afeta os requisitos de constituição ou desenvolvimento válido e regular do processo, matéria na qual há, sem dúvida, evidente interesse público” THEODORO JÚNIOR, Curso, v. I, p. 442.

comprometer o exame meritório da demanda. *Mas se o processo, mesmo viciado, desenvolveu-se a ponto de possibilitar julgamento de mérito, não parece haver dúvidas de que este deve ser empreendido.*

Cândido Rangel Dinamarco fala dos “capítulos” nos quais se deve estruturar a sentença<sup>524</sup>, e de uma “escalada de situações jurídicas” a serem enfrentadas pela tutela jurisdicional, que vai desde o mero ingresso em juízo até o provimento meritório, passando por questões relacionadas ao direito de ação e aos pressupostos processuais, para então atingir o ápice, pela análise do direito material posto em questionamento<sup>525</sup>.

Esse, de fato, é o iter normal e aconselhável. Mas se por qualquer motivo essa sequência não for observada, ou esses filtros não funcionarem, afigura-se possível o julgamento do mérito, ainda que frustrados eventuais condições da ação ou pressupostos processuais, *desde que atendidos os temperamentos antes estabelecidos: instrumentalidade das formas, ausência de prejuízo, economia processual.* Eis a lição de Bedaque:

Detectado o vício processual no momento oportuno – ou seja, logo no início do processo -, não deve o juiz permitir o desenvolvimento da relação, pois há sério risco de o instrumento tornar-se absolutamente inútil. Melhor extingui-lo antes que atos possivelmente desnecessários sejam praticados. Mas se a falha quanto aos requisitos processuais for detectada ao final, quando já existente a possibilidade de exame da questão substancial, deve o juiz verificar se o resultado de mérito beneficia a parte prejudicada no plano processual. Se tal ocorrer, o vício do processo deve ser relevado, independentemente de a solução ser favorável ao autor ou ao réu.<sup>526</sup>

E disso decorrem consequências práticas importantes. A inépcia da petição inicial, por exemplo, só por si, pode não ensejar extinção do processo por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido do processo, desde que tenha sido possível a defesa pela parte contrária e o processo tenha se desenvolvido até a fase de sentença<sup>527</sup>.

O próprio defeito de representação processual e até mesmo a legitimidade “ad causam” podem ser relevados em determinado caso concreto, quando presentes

<sup>524</sup> DINAMARCO, Fundamentos, v. I, p. 56-57

<sup>525</sup> Ibidem, p. 374-377

<sup>526</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 179-180

<sup>527</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processual civil. Inépcia inicial – Individualização das partes – Ausência de prejuízo – Instrumentalidade das formas. - A ausência de informações sobre os sujeitos da relação processual enseja a inépcia da petição inicial, uma vez que impede a perfeita comunicação e individualização dos polos ativo e passivo da demanda, gerando obstáculos para a marcha processual. No entanto, sob a égide da instrumentalidade das formas, a inépcia da inicial só se configura quando é expresso o prejuízo decorrente da ausência das informações, de forma que, se tal prejuízo inexistir, por ser possível a individualização da parte sem tal informação, o deferimento da inicial é medida que se impõe. Apelação Cível 1.0114.11.001378-5/001. Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Disponível em <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 31 jul. 2013.

aqueles temperamentos relacionados à ausência de prejuízo, à instrumentalidade das formas, à economia processual<sup>528</sup>.

O mesmo Bedaque dá o exemplo do processo movido em face da “câmara municipal”, ente sem personalidade jurídica, que se beneficiado em determinado processo e possibilitada a parte contrária pleno exercício de seus poderes processuais, não se apresenta plausível desconsiderar a sentença meritória aí proferida<sup>529</sup>. E também fala o mesmo autor, sobre a possibilidade do proferimento de sentença meritória, mesmo ausente o interesse processual, quando embora não demonstrado o inadimplemento do contrato ou o vencimento da obrigação, reste patente a existência do direito descrito na petição inicial<sup>530</sup>.

Como se vê, não se nega a grande importância que têm para o sistema processual os requisitos de admissibilidade da demanda, pela logicidade e pelo pragmatismo que lhes são próprios, mas deles não se pode retirar a feição instrumental, muito menos a eles se pode atribuir caráter vital. Em determinadas situações, ditadas pelo caso concreto, é possível ignorá-las em prol da própria efetividade do processo.

#### **5.2.4 Flexibilização dos limites da competência jurisdicional**

Dentro do que se vem sustentando até aqui, especialmente a respeito da relativização de certos institutos processuais, em função da interpretação instrumental da lei processual, há que se colocar também o problema da competência jurisdicional.

Com efeito, não há dúvidas de que a jurisdição é una e homogênea, como o diz José Frederico Marques, o que não se esmorece ainda que se pense na distinção entre jurisdição civil e jurisdição penal, que, na verdade, são expressões do mesmo poder estatal, com igual conteúdo funcional, ou seja, o desempenho da função de solucionar

---

<sup>528</sup> “Mas nada impede que, não obstante ausente a capacidade processual ou postulatória do réu, o juiz conclua pela improcedência do pedido, pois tal solução é o melhor resultado que ele poderia esperar do processo. Não se justifica, portanto, que o vício processual constitua empecilho a que o sujeito passivo obtenha tutela jurisdicional favorável, impedindo a invasão indevida de sua esfera jurídica.” BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 205.

<sup>529</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 225

<sup>530</sup> “Esta situação revela serem incontroversas a existência e a exigibilidade da dívida. Desconsiderá-la, e extinguir o processo sem julgamento do mérito ou julgar improcedente o pedido, significa considerar exclusivamente a técnica, sem levar em conta que nenhum destes resultados interessa ao sistema, pois não produz o efeito possível e adequado no plano material. Diante de qualquer deles, eventual resistência futura do devedor tornará imprescindível nova demanda com pedido de tutela condenatória, destinada à eliminação da crise de adimplemento.” BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 342.

demandas trazidas às barras do Poder Judiciário<sup>531</sup>. Aliás, no mesmo sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que entende a unidade da jurisdição como “filha da unidade do próprio poder estatal – da qual aquela é mera expressão”<sup>532</sup>.

Por outro lado, nem mesmo a noção de “competência” é capaz de infirmar essa constatação, a respeito da unidade da jurisdição. Como se sabe a competência nada mais é do que a “medida da jurisdição”, no sentido de o exercício desse poder estatal ser dividido entre os juízes do país, por questões de conveniência e segundo critérios específicos, como matéria, pessoa, lugar, valor da causa - cuja finalidade é viabilizar o próprio serviço judiciário, nada mais. Nesse sentido, confira-se Humberto Theodor Júnior:

Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, *una*. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A *competência* é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. Houve época em que se confundiam os conceitos de jurisdição e competência. Em nossos dias, porém, isto não mais ocorre entre os processualistas, que ensinam de maneira muito clara que a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional.<sup>533</sup>

Bem por isso, considerada a unidade da jurisdição, nada impede e tudo aconselha, que, em determinadas e específicas situações, em especial modo, quando em perigo o direito a ser tutelado, possa o juiz, mesmo que absolutamente incompetente, proferir decisão capaz de evitar o dano iminente, ao menos em sede de medida de urgência (cautelar ou antecipatória de mérito). Ainda que se tenha em conta a redação do artigo 113, § 2º, do CPC<sup>534</sup>, que fala da nulidade dos atos decisórios levados a efeito por juiz incompetente, a interpretação sistemática desse dispositivo leva à mitigação do seu comando.

Como leciona Gelson Amaro de Souza, o mencionado dispositivo legal, quando diz que os atos decisórios proferidos por juiz incompetente serão nulos, não diz que “todos” os atos decisórios serão nulos<sup>535</sup>, e na verdade nem poderia dizer, porque o artigo 122 do próprio CPC desmentiria essa assertiva, pois ali está dito que o tribunal, ao decidir conflito de competência, pronunciar-se-á sobre a validade dos atos praticados pelo

<sup>531</sup> MARQUES, op. cit., v I, p. 283-284

<sup>532</sup> DINAMARCO, Instituições, v. I, p. 333

<sup>533</sup> THEODORO JÚNIOR, Curso, v. I, p. 180

<sup>534</sup> § 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

<sup>535</sup> SOUZA, Gelson Amaro de; LAZARI, Rafael José Nadim de. **Ensaio Escolhidos de Processo Civil**. Brasília: Editora Kiron, 2012, p. 265

juiz incompetente<sup>536</sup>.

Ora, se somente por ocasião da decisão do conflito de competência haverá pronúncia sobre a validade dos atos praticados pelo juiz incompetente, é sinal mais do que evidente de que, ao menos até aquele momento, tais atos devem ser tidos por válidos. Aliás, mostra inconfundível disso é o fato de a própria sentença proferida por juiz incompetente passar em julgado, inclusive podendo assumir a condição de coisa soberanamente julgada, quando ultrapassado o prazo para a ação rescisória a que se refere o artigo 485, inciso II, do CPC.<sup>537</sup>

Mas na verdade a licitude desta conclusão não se sustenta apenas em função desse exercício interpretativo acima descrito. Há outro argumento mais valioso e mais forte. A própria instrumentalidade processual autoriza inferir que o juiz incompetente, porque detentor da mesma jurisdição da qual se valeria o juiz competente, poderá utilizar-se dela para empreender as medidas necessárias à conservação do direito em periclitção.

O mesmo Gelson Amaro de Souza tem posição que se afina com essa conclusão<sup>538</sup>, sendo certo que outros autores também o fazem. Athos Gusmão Carneiro, embora discorrendo a respeito de incompetência relativa (territorial), admite que “em casos de *manifesta* urgência tem-se por exceção admitido que juiz territorialmente incompetente possa conhecer da medida cautelar”<sup>539</sup>. Pontes de Miranda, baseando-se na tradição do direito luso-brasileiro, também entende possível a tomada de medidas de urgência por juiz incompetente, ao menos para a competência relativa<sup>540</sup>, e nesse sentido também se manifesta Ovídio A. Baptista da Silva, nos seguintes termos:

De resto, em se tratando de tutela cautelar, todas as regras sobre competência deveriam ser, senão menosprezadas, ao menos relativizadas, a ponto de permitir que as ações cautelares fossem apreciadas até mesmo por juízes incompetentes, como é da tradição do direito luso-brasileiro.<sup>541</sup>

Por seu turno, Sérgio Shimura, a despeito de, em linha de princípio, não admitir a possibilidade de o juiz absolutamente incompetente empreender tais medidas de

<sup>536</sup> Art. 122. Ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente.

<sup>537</sup> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

<sup>538</sup> SOUZA; LAZARI, op. cit., p. 272-273

<sup>539</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106 (grifos do autor)

<sup>540</sup> PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. XII, p. 44

<sup>541</sup> BAPTISTA DA SILVA, Curso, v. 3, p. 114

urgência, acaba por aceitar, ao menos em situações extremas, que assim ocorra<sup>542</sup>. Aliás, o mesmo autor cita Galeno Lacerda, que também não concebe a possibilidade da concessão de medidas de urgência por juiz absolutamente incompetente, mas reconhece que, como não pode haver desconstituição espontânea do ato nulo, este deve prevalecer até que o juiz competente o reaprecie<sup>543</sup>.

A jurisprudência, por sua vez, também tem contemplado entendimento convergente a esta tese, como dá conta a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Juízo incompetente. Determinação de indisponibilidade dos bens – Admissibilidade – Poder geral de cautela – Inteligência dos artigos 798 e 799, do Código de Processo Civil – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido.<sup>544</sup>

Frise-se que, no caso em exame, a questão envolvia incompetência absoluta, sendo certo que, tratando-se de tema relacionado à improbidade administrativa, a Justiça Estadual reconheceu a sua incompetência para conhecer da questão, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, mas ainda assim entendeu por conceder medida liminar de indisponibilidade de bens, diante da urgência que se verificava.

Trata-se, como se vê, de pura aplicação da instrumentalidade ínsita ao processo, como se vem defendendo neste trabalho. Afinal, se o que interessa é o atendimento aos escopos da jurisdição, e se jurisdição todos os juízes regularmente investidos têm, parece mesmo fora de dúvida que até o juiz absolutamente incompetente pode agir no sentido da efetividade do processo, ainda que não seja ele a julgá-lo definitivamente.

### **5.2.5 Imunização decorrente da coisa julgada e a instrumentalidade do processo**

No contexto em que se vem desenvolvendo este capítulo, propugnando pela relativização de alguns institutos do processo, em prol de sua própria efetividade, é preciso que se insira o instituto da coisa julgada, que aqui se posta como confirmador dessa relativização e da própria instrumentalidade processual.

Ponderados os argumentos até aqui expendidos, é possível afirmar que o

<sup>542</sup> SHIMURA, Sérgio. **Arresto Cautelar**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 368

<sup>543</sup> SHIMURA, op. cit., p. 369

<sup>544</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0046713-82.2013.8.26.0000. Rel. Des. Cristina Cotrofe. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 27 ago. 2013.

instituto da coisa julgada deva ser considerado como evidência da própria natureza instrumental do processo, e a partir disso ressaltar a necessidade de essa instrumentalidade assumir proporções ainda maiores do que as ostentadas nos dias atuais. Basta lembrar que tal instituto, ou o respeito a ele, a par de expressamente inserido no rol dos direitos fundamentais - art. 5º, XXXVI da Constituição<sup>545</sup> -, se imbrica com valores constitucionais ainda mais elevados, como a própria questão da segurança jurídica<sup>546</sup>, explicitamente contemplada no caput do mesmo artigo 5º constitucional<sup>547</sup>.

Com efeito, através da coisa julgada material, atinge-se a própria imunização da sentença proferida e do processo em que esta se produziu, o que se estabelece inclusive no caso da sentença injusta ou errada. Pontes de Miranda assevera que “a decisão *contra legem* é coberta pela coisa julgada formal e material”, e reconhece que um tal regramento, ainda que “mau e duro”, assim tem de ser<sup>548</sup>. Enrico Tullio Liebman ressalta a função “negativa” da coisa julgada, no sentido de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença<sup>549</sup>.

Bem pensadas as coisas, a segurança jurídica, a estabilidade das relações sociais, a paz social são valores cuja manutenção não se empreende sem que, num determinado momento, o círculo se feche. Trata-se, como asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, de opção do legislador em prol da estabilidade das relações sociais. Nesse sentido, apresenta-se “realmente indispensável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada”<sup>550</sup>. É exigência de ordem pública, como diz José Frederico Marques, “para que a tutela das relações jurídicas não seja insegura, movediça e aleatória”, daí a natureza política de que se reveste a coisa julgada<sup>551</sup>.

Aliás, essa imunização não está presente apenas no processo judicial, mas em qualquer procedimento no qual haja um mínimo de poder envolvido, seja aquele

<sup>545</sup> XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>546</sup> “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.” (grifos do autor). CANOTILHO, op. cit., p. 252.

<sup>547</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>548</sup> PONTES DE MIRANDA, Comentários, t. V, p. 113

<sup>549</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 59

<sup>550</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 634-635

<sup>551</sup> MARQUES, op. cit., v. IV, p. 345

advindo das instâncias públicas – o processo judicial, o processo legislativo, o processo administrativo -, seja o advindo de instâncias privadas, como empresas, sindicatos e outras associações privadas. Como adverte Dinamarco, “a imunização das decisões fundadas no poder constitui enérgica afirmação do poder mesmo, o qual sem isso ficaria sujeito a tantas impugnações que afinal terminaria por não prevalecer sobre as pessoas (então, supostamente) sujeitas a ele”<sup>552</sup>.

De outra parte, não há dúvidas de que essa imutabilidade ou essa imunização abarca inclusive eventuais nulidades cometidas no processo sobre o qual operou-se a coisa julgada. Cândido Rangel Dinamarco, fazendo menção aos artigos 471<sup>553</sup> e 474<sup>554</sup> do CPC, discorre a respeito da “eficácia preclusiva da coisa julgada”, e destaca que assim ocorre inclusive no referente a nulidades levadas a efeito no transcorrer do procedimento. Confira-se:

A coisa julgada é uma *sanatória geral* do processo, o que significa que a firmeza da sentença coberta por ela não se abala por eventuais alegações de nulidade da própria sentença ou dos atos que a antecederam, sendo essa uma manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada (*supra*, n. 967). A regra da contaminação dos atos processuais ulteriores pelo vício de algum precedente implica que todos os ulteriores serão havidos por nulos (art. 248 – *supra*, n. 715), *menos a sentença que declara a nulidade* (Liebman). Se apesar da nulidade a sentença de mérito for pronunciada e passar em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada material impedirá qualquer discussão a respeito daquela (salvo casos de ação rescisória).<sup>555</sup> (grifos do autor)

Em verdade, é exatamente a concepção de coisa julgada como “sanatória geral” que deve embasar a compreensão de que aí se tem um aspecto importante da própria instrumentalidade do processo. Afinal, se a partir de um determinado momento da relação processual há um recrudescimento do provimento jurisdicional, a ponto de torná-lo imutável, mesmo que vultosos desvios tenham se verificado no transcorrer do processo (basta ver as hipóteses passíveis de manejo da ação rescisória – CPC, 485), é sinal que, a partir disso, *o valor segurança jurídica suplanta o próprio valor justiça*.

Dito de outra forma – a coisa julgada evidencia que o processo não é um fim em si mesmo, e que mais do que o direito material envolvido ou o interesse das partes que ali se digladiam, o processo serve à paz social, à estabilidade das relações jurídicas,

<sup>552</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 112

<sup>553</sup> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: [...]

<sup>554</sup> Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

<sup>555</sup> DINAMARCO, Instituições, v. III, p. 335

aos escopos traçados pelo Estado, como já dito em outro ponto deste trabalho<sup>556</sup>. É a instrumentalidade ampliada de que se tem falado neste texto.

E se assim é, se a natureza instrumental do processo se aflora, até com maior intensidade, quando se imuniza a decisão jurisdicional, sanando irregularidades e tornando válidos procedimentos até então questionáveis<sup>557</sup>, não se afigura teratológico que o próprio juiz, ainda na causa originária, quando da prolação da sentença, possa fazer essa ponderação, sobre anular o processo ou, suplantando a nulidade, pela consideração da instrumentalidade das formas, pela economia processual, pela ausência do prejuízo, atingir o mérito da demanda, julgando-a definitivamente. Esse julgamento, mesmo “defeituoso” do ponto de vista processual, poderá, seguramente, passar em julgado e fazer lei entre as partes. Mais do que isso, esse julgamento poderá empreender justiça.

Dentro dessa ideia, aliás, a mesma solução é perfeitamente possível na análise de ações rescisórias que eventualmente sejam manejadas em função de nulidades havidas no processo. A “instrumentalidade ampliada” que se defende neste trabalho, que suplanta o próprio processo para abarcar o sistema como um todo, pode autorizar, por exemplo, que sentenças como as acima descritas, que julgam o mérito da demanda em que figurou entidade sem personalidade jurídica (câmara municipal), ou que, suplantando o óbice da falta de interesse processual ou da ilegitimidade processual, atinjam o mérito da contenda, possam ser consideradas legítimas, mesmo no próprio juízo rescisório, onde também deverão estar presentes aqueles “temperamentos” já citados neste texto<sup>558</sup>.

A instrumentalidade do processo, a simplificação processual como forma de empreender maior efetividade à tutela jurisdicional, decerto que se prestigia a partir da

---

<sup>556</sup> Celso Neves, falando sobre a natureza jurídica da coisa julgada, faz menção às duas correntes doutrinárias que a tentam definir - uma ligada ao direito substancial e outra ao direito processual -, para ao final dizer do caráter instrumental do processo, a impor “êsse relacionamento necessário entre o processual e o material.” (NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 431).

<sup>557</sup> “Não se deve supor que a sentença portadora de qualquer dos vícios enumerados no art. 485, porque rescindível, deixe de revestir-se da autoridade de coisa julgada. Bem ao contrário: é até *pressuposto* da rescisão o fato de ter-se ela revestido de tal autoridade. Enquanto não rescindida, apesar de defeituosa, a sentença tem a força que normalmente teria, e produz os efeitos que normalmente produziria, se nenhum vício contivesse. Decorrido *in albis* o prazo do art. 495, ela em regra se torna imune a qualquer ataque e prevalece em caráter definitivo.” (grifos do autor). MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 107.

<sup>558</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Ação Rescisória. Preliminar. Ausência de interesse de agir. Mérito. Irregularidade de representação processual. Ato praticado por advogado suspenso da OAB. Ausência de capacidade postulatória. Nulidade dos atos. Inocorrência. Ausência de prejuízo. Princípio da pás de nullité sans grief e da instrumentalidade. Precedentes jurisprudenciais. 1. Conquanto a lei especial (Estatuto da OAB) rotule como nulos os atos praticados no processo por advogado suspenso, a exegese dessa norma deve ser feita no contexto do sistema das nulidades disciplinadas pelo Código de Processo Civil, que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, exigindo a comprovação do prejuízo processual para a nulidade do ato. 2. Ação rescisória improcedente. Ação Rescisória Proc. n. 521495-9. Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 01 ago. 2013.

noção de coisa julgada material como sanatória geral do processo, em especial modo se a própria ação rescisória, que dela pode decorrer, for manejada com base nessa mesma instrumentalidade.

### **5.2.6 Adaptabilidade procedimental como característica do processo judicial**

Em outros tópicos deste trabalho já se fez menção à adaptabilidade do procedimento judicial, em especial modo no item 2.1 deste texto, quando se referiu à necessidade de o procedimento adaptar-se, o mais possível, às exigências do direito material a ser tutelado.

Este trabalho não trata a questão da adaptabilidade ou da adequação do procedimento como se de um princípio informador do processo se cuidasse, muito embora assim o considere grande parte da doutrina<sup>559</sup>.

Para os objetivos deste estudo, a adaptabilidade é uma característica ínsita ao próprio processo judicial, o que decorre da instrumentalidade que lhe é peculiar. Nesse contexto, para que o procedimento se adapte às especificidades da causa ou às especificidades do direito material controvertido, não há necessidade de a lei assim prever, de modo expresso, o que deve ficar sob o prudente arbítrio do juiz – que na processualística moderna deve assumir a figura do próprio reitor do processo.

É verdade que, em muitas situações, a própria lei é expressa ao autorizar a adequação formal do procedimento, segundo as necessidades da causa e na conformidade com o prudente arbítrio judicial. Exemplos são vários, como no caso do julgamento antecipado da demanda, previsto no artigo 330 do CPC, assim como na hipótese de julgamento de mérito levada a efeito pelo tribunal, mesmo que extinto o processo, sem essa resolução na primeira instância, como prevê o artigo 515, § 3º, do mesmo diploma legal. Aliás, é possível identificar essa autorização legal para a adaptação do procedimento, até mesmo no parágrafo 4º do mesmo artigo 515 do CPC, quando autoriza o tribunal a complementar providências frustradas no primeiro grau, e assim prosseguir no julgamento da apelação.

Mas o que de importante deve ficar para este tópico, entretanto, não é ressaltar as situações em que a própria lei, de modo expresso, autoriza a flexibilização ou

---

<sup>559</sup> Esta é a visão de Bedaque, que infere pela existência de um “princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa” ou de um “princípio da elasticidade processual” (BEDAQUE, Direito e Processo, p. 74).

a adaptação do procedimento – o que, bem pensado, nada mais expressa do que a legalidade das formas processuais -, mas sim exaltar a possibilidade de uma tal adaptação ou uma tal flexibilização realizar-se sem qualquer necessidade de autorização legal, bastando ter em conta as próprias características do processo judicial em si mesmo considerado.

José Roberto dos Santos Bedaque destaca a impossibilidade de a lei processual prever todas as situações fáticas passíveis de disciplinamento, daí a necessidade de se investir o juiz de poderes para conduzir o processo do modo mais efetivo possível. Segundo Bedaque, além de a adaptação processual dar-se no plano legislativo, “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”<sup>560</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco, depois de associar o procedimento judicial a um “plano de trabalho”, para que o exercício do poder jurisdicional se desenvolva de modo adequado, reconhece que a adaptabilidade, por ele colocada na condição de princípio, é de aplicação reiterada no âmbito processual, em que sequer se pode conceber um sistema rígido de normas procedimentais. Segundo o autor, a plasticidade das normas processuais deve alcançar o grau mais elevado possível, de forma a permitir fluidez e celeridade no exercício da jurisdição<sup>561</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira fala de um “relativismo das bases internas do formalismo”, cuja justificativa centra-se não só nas peculiaridades de cada situação de vida trazida às barras da justiça, mas aos inevitáveis conflitos de valores relacionados aos direitos fundamentais. E a partir disso concebe a existência de um “princípio fundamental da adequação”, cujo sustentáculo estaria na necessidade de emprestar maior efetividade possível ao direito processual. A despeito dessa posição, referido autor, pelo que se depreende de suas argumentações, atrela a questão da adaptabilidade do procedimento à existência de previsão legal que assim autorize<sup>562</sup>.

Aliás, essa também era a posição de Calamandrei, que via no Código de Processo Civil italiano, ao contrário de Carnelutti, não a liberdade de formas, não a possibilidade de o juiz estabelecer ou adequar o procedimento, livremente, mas a autorização legal para que, por diversos modos, se pudesse estabelecer o curso do

---

<sup>560</sup> BEDAQUE, Efetividade do Processo, p. 64-65

<sup>561</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 343

<sup>562</sup> Quando Oliveira fala da “adequação teleológica”, capaz de interferir tanto na adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição, quanto nos ritos internos de cada processo, faz expressa referência a “regras especiais” delimitadoras de determinados procedimentos. OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 164.

processo, de conformidade com o que acordassem o juiz e as partes, mas desde que escolhida uma hipótese dentre aquelas já previamente preconizadas pelo legislador. Para Calamandrei, portanto, o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, ou da elasticidade procedimental, se subordinava às hipóteses que a lei estabelecia. Confira-se:

Não se trata, pois, de liberdade das formas, e tampouco de poder discricionário do juiz para determinar as formas caso por caso. É a lei que, no geral, determina antecipadamente as formas a seguir; mas muitas vezes, em vez de fixar uma só forma possível, indica alternativamente mais de uma, de modo a que um mesmo ou uma mesma fase do procedimento possa ser validamente realizado em vários modos, à eleição dos interessados. Se trata, pois, de uma combinação do princípio da *legalidade* com o da *pluralidade* das formas; o juiz e as partes devem seguir, no geral, as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei deixa à sua disposição<sup>563</sup>.  
(grifos do autor)

Perceba-se que essa visão de Calamandrei diverge, em parte, da tese aqui defendida, que tem por premissa a ideia de que a adaptabilidade é ínsita ao próprio procedimento judicial, como sua característica natural, por isso mesmo não dependendo de qualquer lei a lhe autorizar a incidência.

Na verdade, tudo o que se disse até este ponto do desenvolvimento do trabalho, autoriza inferir que a adaptabilidade do procedimento ao caso concreto não pode e não deve se resumir aos casos em que a lei assim autorize. A questão é mais ampla e mais profunda.

Relembre-se que os escopos da jurisdição não se limitam à aplicação da vontade concreta da lei, mas dizem respeito, de modo até mais incisivo, à pacificação social, ao cumprimento e à valorização das normas, à valorização da própria política no seu mais nobre sentido, à efetivação dos direitos fundamentais. Decerto que um procedimento enrijecido e anciloso, incapaz de amoldar-se às situações da vida, de nenhuma forma poderia atender a esses escopos.

Recorde-se também dos princípios informadores do processo – o devido processo legal como “justo processo”; o contraditório como direito de influência; a

<sup>563</sup> "No se trata, pues, de libertad de las formas, y tampoco de poder discrecional del juez para determinar las formas caso por caso. Es la ley la que, por lo general, determina anticipadamente las formas a seguir; pero muy a menudo, en vez de fijar una sola forma posible, indica alternativamente más de una, de modo que un mismo acto o una misma fase del procedimiento puedan ser válidamente realizados en varios modos, a elección de los interesados. Se trata, pues, de una combinación del principio de la *legalidad* con el de la *pluralidad* de las formas; el juez y las partes deben seguir, por lo general, las formas establecidas por la ley, pero pueden escoger, en cada caso, entre los varios tipos de formas que la ley deja a su disposición." CALAMANDREI, Instituciones, p. 380.

necessidade de valorização da oralidade que está presente em qualquer procedimento, em maior ou menor grau – o que também não se coaduna com um procedimento que só possa ser modificado quando e na medida em que a lei assim autorize.

Considere-se a própria instrumentalidade do processo, que como se disse antes é muito maior do que a mera instrumentalidade endossistemática das formas processuais; e tenha-se em conta também a própria natureza “causal” e não “formal” que devem ostentar os atos processuais, assim como o próprio processo, que nada mais é do que o conjunto preordenado daqueles. Entender que só a lei possa autorizar a adaptabilidade é retirar do procedimento – feição externa do processo - o que ele tem de mais característico e talvez de mais importante – a proximidade com o direito material sobre o qual deverá dispor.

Retenha-se, por fim, que a própria lei processual é instrumental e descritiva, por isso mesmo não lhe cabendo outra coisa senão estabelecer o rito necessário para que o objetivo central do processo seja atingido: a tutela do direito material em periclitção. Vedar adaptações do procedimento às características desse direito, ou entender que essas adaptações só se fazem com autorização legal, é valorizar o instrumento e desconsiderar o objetivo para o qual fora criado.

Para encerrar este item, vale mencionar Eduardo J. Couture, citado por Athos Gusmão Carneiro, que a respeito da rigidez do procedimento e da inflexibilidade das formas, faz lembrar que o processo não é uma “missa jurídica” e o rito processual não é uma liturgia refratária<sup>564</sup>. O mesmo Couture, em outra obra, a respeito do espírito e da técnica que permeiam o processo no sistema da “common law”, fala de sua simplicidade e de seu pragmatismo, descrevendo a sentença de um juiz inglês, não como uma “grande peça jurídica”, mas como uma “pequena obra de bom senso”, em tudo semelhante a um conselho do bom pai de família, sentado à cabeceira de uma mesa, cercada por numerosos filhos<sup>565</sup>.

Luigi Paolo Comoglio, falando sobre a efetividade da tutela jurisdicional no direito italiano, refere-se a uma “efetividade qualitativa”, que por sua vez atribui à tutela

---

<sup>564</sup> “Seria incorrer em excessiva formalidade e em vazio formalismo fulminar de nulidade todos os desvios do texto legal, até mesmo aqueles que nenhum prejuízo acarretam. O processo voltaria a ser, como se disse que foi nos seus primeiros tempos, uma ‘missa jurídica’, alheia às suas atuais necessidades.” COUTURE, Eduardo J., apud CANEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e Julgamento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 74.

<sup>565</sup> “Esa sentencia no es, normalmente, lo que llama una gran pieza jurídica. Acaso es todo lo contrario. Más bien constituye una pequeña obra del buen sentido. Más que un documento político y técnico decretado por el Estado, parece más bien el consejo de un buen padre, sentado en la cabecera de una mesa poblada de abundantes hijos.” COUTURE, op. cit., t. I, p. 160.

em sentido constitucional uma “elasticidade intrínseca” e uma “atipicidade conteudística”, próprias dos remédios processuais da “common law”, com destaque para a “particular relevância” que, a esse respeito, assume o escopo funcional do agir em juízo, em prol da tutela de um direito ou de um interesse substancial a respeito do qual se pretende proteção<sup>566</sup>.

Quem pretender um processo mais ágil, mais efetivo, mais célere, deve partir dessas premissas; deve ter em conta essa simplicidade e esse pragmatismo. A adaptabilidade do procedimento ao caso concreto, a adequação das formalidades processuais às necessidades da causa, a elasticidade do procedimento deve gravitar nesse ambiente; sempre na compreensão de que é da natureza do procedimento judicial a adaptação das formalidades ao caso concreto, sem que para tanto seja necessária uma lei que assim disponha.

### 5.3 A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO

É indubitável, entretanto, que tudo o que se disse até aqui, especialmente a respeito da instrumentalidade processual e, sobretudo, acerca da mitigação do formalismo imperante no processo, decerto que não é uma “carta branca” ao juiz, autorizando-o a empreender verdadeiras peripécias processuais. O que se deve deixar claro é que o juiz estará autorizado a empreender modificações no procedimento, promovendo a sua simplificação e mirando a sua efetividade, sempre que isso se apresentar necessário ou mesmo imprescindível à resolução justa e efetiva da demanda.

O procedimento judicial previamente estabelecido, como “reductor de complexidades”, até que se verifique o contrário deve ser tido como o melhor caminho à solução da demanda. A necessidade de sua desconsideração deverá ser aferida no caso concreto, *se e quando isto se fizer necessário*. O contrário atenta contra os valores que o próprio processo pretende alcançar – pacificação social, segurança jurídica, realização dos direitos fundamentais.

A essa conclusão se chega com Robert Alexy, que falando do “discurso

---

<sup>566</sup> “Ora, *l’effettività qualitativa*, di cui si è fatto cenno, attribuisce alla tutela in senso costituzionale un’elasticità intrinseca e un’atipicità contenutistica, proprie dei *remedies* di *common law*, sottolineando la particolare rilevanza che, in proposito, assume lo scopo funzionale dell’ ‘agire in giudizio’, ‘per la tutela’ di un diritto o di un interesse sostanziale (art. 24, comma, 1)”. (grifos dos autores). COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 66.

racional” como “teoria da fundamentação jurídica”, reconhece a “debilidade das regras e formas do discurso prático geral”<sup>567</sup>, que por isso mesmo deve guardar referibilidade no *ordenamento jurídico mesmo*, de forma a estabelecer limites ao “possível discursivamente”<sup>568</sup>. A ciência do direito, para Alexy, “pode ser entendida como a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico. Por meio dessa institucionalização, podem-se alcançar resultados que não seriam possíveis unicamente pelo discurso prático geral”<sup>569</sup>. Luiz Vergílio Dalla-Rosa reconhece no discurso jurídico “a forma pela qual o Direito consegue garantir a ação mediante utilização de comandos normativos preenchidos com conteúdo valorativo”<sup>570</sup>.

Transportados esses parâmetros para o tema central deste trabalho, a busca pela efetividade do processo e pela simplificação procedimental, decerto que tal não significa abandonar, a esmo, os procedimentos estabelecidos na lei<sup>571</sup>. O que se pretende não é execrar a lei processual e as formas por ela estabelecidas, porque também o processo desafia estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica. O objetivo é compreendê-los, a lei processual, as formas processuais, o sistema processual, sob o influxo da realidade, dialógica e valorativamente. Como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é possível afirmar, nos dias atuais, “que a lógica da argumentação corresponde a uma nova aproximação da democracia, fundada sobre a teoria da comunicação entendida como um processo interativo e com caráter legitimador da decisão”<sup>572</sup>.

Recorde-se, aliás, o que já se disse antes: o juiz deve ser o reitor do processo e não o ditador do processo; a sua atuação, em qualquer hipótese, pauta-se pela lei, que, por sua vez, se submete à lente da própria Constituição Federal. O juiz não deve “inventar” um procedimento para cada causa que lhe é posta a exame, e sim guiar-se pelo procedimento previamente estabelecido, *pelo menos enquanto este procedimento não se desvie dos objetivos traçados pelo Estado*. O mesmo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pontifica que o juiz não é o “senhor do processo”, muito menos lhe é autorizado empreender “soluções exóticas” à demanda, em afronta ao sistema e em desfavor da

<sup>567</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 279

<sup>568</sup> ALEXY, Teoria da Argumentação Jurídica, p. 280

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 282

<sup>570</sup> DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Discurso Constitucional**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2002, p. 88

<sup>571</sup> “Já se mencionou que o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral, dado que sua liberdade é limitada, resumidamente, pela lei, o precedente e a dogmática e – no caso do processo – pelas leis processuais.” (ALEXY, Teoria da Argumentação Jurídica, p. 34).

<sup>572</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 97

própria legitimidade do Poder Judiciário<sup>573</sup>.

E aqui aflora-se a ideia-força que deve presidir este tópico: *a importância da Constituição para a própria instrumentalidade do processo – seja para justificá-la, seja para limitá-la.*

Luigi Paolo Comoglio, na mesma obra acima mencionada, reconhece a importância das constituições, máxime aquelas de feições rígidas, como é o caso da italiana (e também da brasileira), que estabelecem garantias mínimas inderrogáveis, as quais se refletem de modo direto sobre a disciplina processual e sobre a organização judiciária - o que mais se recrudescer diante da possibilidade efetiva de controle de constitucionalidade das leis processuais. Nesse contexto, o mesmo autor diz da necessidade de inversão do iter metodológico processual, que deve ter como ponto de referência o modelo processual consagrado na Constituição, e a partir dele “reconstruir” a disciplina do processo civil<sup>574</sup>.

Ronnie Preuss Duarte, a respeito do sistema processual português, também reconhece a importância da Constituição como parâmetro de conformação do sistema processual e da própria lei processual, ao fundamento de que, tratando-se a Constituição de uma das fontes do direito processual civil, o regime especial afeto aos direitos fundamentais deve exercer influência sobre a disciplina do processo, condicionando a atividade do intérprete, inclusive autorizando à eventual “desaplicação de normas de inferior hierarquia que sejam incompatíveis com as garantias constitucionais do processo”<sup>575</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam que a Constituição brasileira inovou ao consagrar o “direito fundamental ao processo justo”<sup>576</sup> (já tratado em outro tópico, quando se discorreu sobre o princípio do devido processo legal – item 2.2.2), esclarecendo que esse direito refere-se a “um modelo mínimo de conformação do processo”, cujo objetivo é moldar a atuação do legislador infraconstitucional, para tanto podendo assumir formas diversas, de acordo com as exigências do direito material e do

<sup>573</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 100

<sup>574</sup> “Pare invece giustificato un iter metodologico inverso, il quale, assumendo *a priori* come indispensabile punto di riferimento il modello processuale che la Costituzione ha voluto consagrar nel 1948, sappia ricostruire la disciplina (per così dire, ‘vivente’) del processo civile in conformità a quello specifico modello. Parece, no entanto, giustificado um iter metodológico inverso, o qual, assumindo *a priori* como indispensável ponto de referência o modelo processual que a Constituição quis consagrar em 1948, saiba reconstruir a disciplina (por assim dizer, ‘viva’) do processo civil em conformidade àquele específico modelo.” (grifos dos autores). COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 57.

<sup>575</sup> DUARTE, op. cit., p. 25

<sup>576</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 615

caso concreto, sendo passível de aperfeiçoamento pela lei ordinária e cabendo a todos os que se mostram empenhados no império do Estado Constitucional o seu delineamento e a sua densificação<sup>577</sup>.

No mesmo sentido, é a lição de Comoglio, que reconhece estar delineado na Constituição italiana, um “modelo-base” de processo, que, segundo convenções terminológicas internacionais, deve ser considerado como “équu” ou “justo”, constituindo tanto o ponto de partida para os estudos do processo, como o ponto de chegada para a definitiva consagração das garantias constitucionais afetas à jurisdição. Segundo mencionado autor, trata-se de um “modelo mínimo”, formado por elementos insuprimíveis, que só fazem sentido se considerados de modo simultâneo<sup>578</sup>.

Em outro ponto deste trabalho já se fez referência ao “direito processual constitucional”, como método pelo qual se examinam o sistema processual e os institutos do processo, tendo por base a Constituição; assim como já se referiu à “tutela constitucional do processo civil”, que se compõe de princípios e garantias constitucionais de índole política, que, na verdade, constituem projeções do próprio Estado sobre o sistema processual (item 4.2). E também já se disse neste mesmo texto da força normativa da Constituição, em especial modo daquelas normas preconizadoras de direitos processuais, sejam princípios, sejam regras, capazes de disciplinar o caso concreto, ainda que ausente a interposição do legislador infraconstitucional (item 4.3).

Tudo somado, para este tópico, o que importa dizer é que a Constituição e sua força normativa, na medida em que estabelecem direitos processuais dotados de fundamentalidade, impõem ao legislador infraconstitucional o dever de traçar procedimentos judiciais capazes de atender a esses direitos processuais fundamentais, veiculados por regras ou por princípios, na mesma proporção em que também impelem o julgador a aferir a conformidade desses procedimentos estabelecidos pela lei, em face dos cânones constitucionais.

Assim o diz Alvaro de Oliveira, explicando que, com a constitucionalização dos princípios fundamentais do processo, o juiz brasileiro, a quem toca controle de constitucionalidade, está armado com os mecanismos necessários ao afastamento de leis

<sup>577</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, op. cit., p. 617:

<sup>578</sup> “Quel che si è delineato, dunque, è il modello-base di processo che la stessa Costituzione configura e che – secondo le convenzioni terminologiche internazionali, cui si è adeguato il linguaggio costituzionale italiano – si qualifica come ‘equo’ o come ‘giusto’. Esso è, quindi, il punto di partenza da cui è indispensabile muovere per uno studio attendibile del sistema processuale positivo. Ma poichè si tratta di un modello minimo – i cui insopprimibili elementi fanno sì che, solo con il loro simultaneo concorso, la giurisdizione ed il processo, anche in Italia, possano realmente definirsi tali – i suoi contenuti non vanno mai considerati come esaustivi (o tanto meno esclusivi).” COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 61:

processuais injustas ou iníquas<sup>579</sup>. No mesmo sentido, pronuncia-se Cândido Rangel Dinamarco, para dizer que o controle difuso de constitucionalidade praticado no Brasil, que se realiza “incidenter tantum”, no bojo da mesma relação processual originária, “ativa a instrumentalidade do próprio processo jurisdicional à ordem constitucional”<sup>580</sup>.

O mesmo Dinamarco, aliás, fala da “bipolaridade” verificada entre Constituição e processo, que se atualizam, mutuamente, este pela influência dos princípios contidos naquela, e aquela pelas novas compreensões de seus mandamentos, através da reiteração e da diversificação de casos concretos levados às barras do Judiciário<sup>581</sup>.

E aqui impossível deslembrar de Konrad Hesse, que, a respeito da força normativa da Constituição, fala de sua historicidade e da impossibilidade de separar-se a Constituição da realidade concreta de seu tempo, inferindo que “a pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”<sup>582</sup>, e também de Gustavo Zagrebelsky, que fala da Constituição democrática como “um compromisso das possibilidades” e não como um projeto rigidamente ordenado<sup>583</sup> – *do que se pode aquilatar a importância do próprio processo como veículo a fazer essa transposição entre realidade e Constituição, entre ser e dever-ser.*

De outra parte, também cabe aqui um alerta. Como já destacou Ronnie Preuss Duarte, entre a possibilidade de atribuir aos tribunais amplos poderes de modificação dos procedimentos judiciais, com base na força normativa da Constituição, e a possibilidade de vetar por completo que assim procedam os tribunais, há que se buscar o meio-termo<sup>584</sup>. Não é possível ignorar o controle de constitucionalidade afeto aos tribunais (no Brasil em seus aspectos difuso e concentrado), o que implica a conformação de procedimentos judiciais aos parâmetros constitucionais por meio da própria jurisdição; assim como também não é possível uma conformação discricionária do procedimento por um “super-juiz”, de forma a alterar aleatoriamente o procedimento, segundo sua visão particular das garantias constitucionais do processo<sup>585</sup>.

Luigi Paolo Comoglio também reconhece que entre os dois extremos – o rigor formal e a liberdade de forma -, a melhor solução está na metade. Segundo o autor, uma ou outra tendência, em si, não está livre de inconvenientes, na medida em que o

<sup>579</sup> OLIVERIA, Do Formalismo no processo civil, p. 282

<sup>580</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 31

<sup>581</sup> Ibidem, p. 46

<sup>582</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (die normative Kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24

<sup>583</sup> ZAGREBELSKY, op. cit., p. 14

<sup>584</sup> DUARTE, op. cit., p. 115

<sup>585</sup> DUARTE, op. cit., p. 115-116

excesso de formalismo leva à denegação da tutela jurisdicional; enquanto que a liberdade formal excessiva deixa espaço para uma discricionariedade judicial descontrolada<sup>586</sup>.

Dinamarco também já teve ocasião de dizer que a cláusula do devido processo legal é penhor de segurança para os contendores, cujo valor não pode ser renegado, na mesma medida em que as regras formais, por sua vez, também não podem ser transformadas num sistema de armadilhas processuais, que favoreça o astuto e prejudique o incauto<sup>587</sup>.

Nesse contexto, portanto, é imperioso que se busque conciliação entre esses dois extremos indesejáveis. O formalismo exacerbado, muitas vezes contemplado nas regras processuais, cria óbices ao pleno exercício do direito à tutela jurisdicional, daí a necessidade de sua superação, inclusive com base nos direitos constitucionais processuais. Por sua vez, até em função da largueza de sentido que se extrai do texto constitucional, os direitos de feição processual contidos na Constituição podem assumir diversas conformações, daí a insegurança jurídica que se pode produzir.

Bem por isso, a solução para esse estado de coisas, a forma de se obter esse “meio-termo” a que se referem os estudiosos, está, justamente, na boa compreensão acerca da natureza mesma das normas de que se compõe a Constituição e dos modos de materialização de sua eficácia.

O mesmo Zagrebelsky explica que, na verdade, apenas os princípios contidos na Constituição exercem um papel propriamente constitucional, pois apenas eles produzem efeito constitutivo na ordem jurídica, enquanto que as regras, mesmo que inseridas na Constituição, são apenas leis “reforçadas”, porque produzidas por um processo legislativo especial, e que, nessa dimensão, esgotam-se em si mesmas<sup>588</sup>. Para o

---

<sup>586</sup> "La soluzione ottimale, come al solito, sta a metà fra i due estremi. Infatti, l'una e l'altra tendenza, in sé, non sono prive di inconvenienti. Le esagerazioni del formalismo, intendendo le prescrizioni di forma come fini a se stesse, sono incompatibili con le funzioni sociali del processo moderno e con i principi costituzionali di tutela. Esse comportano rischi elevati di una mortificazione dei bisogni di giustizia sostanziale, attraverso il proliferare dei 'dinieghi di tutela' motivati da mere inosservanze formali. I principi di proporzionalità e di ragionevolezza implicano, invece, che i requisiti di forma nel processo siano sufficientemente duttili, onde evitare che la loro finalità garantistica si rifletta, con rigore sproporzionato, sulla validità degli atti e sull'esercizio dei poteri processuali. D'altronde, l'eccesso di libertà formale, lasciando spazio ad una discrezionalità incontrollata del giudice, non tutela sufficientemente l'imparzialità e l'obiettività delle funzioni giurisdizionali. Perciò, ferma restando la garanzia di legalità, offerta dalle forme processuali precostituite, la sola via praticabile sembra condurre al c.d. 'principio di adattabilità' (o 'di elasticità'), in forza del quale sia consentito alle parti ed al giudice di temperare, quando occorra, il rigore delle forme, attraverso scelte strumentali capaci di adattarne lo svolgimento alle circostanze concrete, nel nome dell'*equità processuale* (Rel. min., n. 16)." (grifos do autor) COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 366-367.

<sup>587</sup> DINAMARCO, Instrumentalidade, p. 318

<sup>588</sup> "En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propriamente constitucional, es decir, 'constitutivo' del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva

mencionado autor, a realidade se “vivifica” quando em contato com um *princípio*, a ponto de adquirir valor próprio e qualidades jurídicas próprias. O princípio ainda não é a regra do “dever-ser”, mas ao menos aponta para a direção na qual a regra deve se colocar para não se contrapor ao valor abrigado no princípio. Confira-se:

A realidade, ao se por em contato com o princípio, se vivifica, por assim dizer, e adquire valor. Em lugar de apresentar-se como matéria inerte, objeto meramente passivo da aplicação de regras, caso concreto a enquadrar no suposto de fato normativo previsto na regra – como raciocina o positivismo jurídico –, a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de ‘tomadas de posição’ jurídica conformes com ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, aos intérpretes do direito). O ‘ser’ iluminado pelo princípio ainda não contém em si o “dever ser”, a regra, mas sim indica ao menos a direção na qual deveria colocar-se a regra para não transgredir o valor contido no princípio.<sup>589</sup>

E a isso também se referem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, quando explicam que o relato da norma pode estabelecer apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas, sendo certo que o sentido da norma, propriamente, só se revela diante do caso concreto, dos princípios a serem preservados, dos fins a serem alcançados, com vistas à solução constitucionalmente adequada para aquele determinado problema<sup>590</sup>.

Dessas lições acima transcritas, é possível extrair a regra de convivência entre os direitos processuais contidos na Constituição, e as regras processuais concebidas pelo legislador infraconstitucional. No caso concreto (sempre no caso concreto), a regra processual e as formalidades processuais por ela estabelecidas devem prevalecer, até o ponto em que o rigor da sua interpretação produza, na prática, resultado contrário ao valor preconizado em sede constitucional e veiculado pelos princípios jurídicos ali estabelecidos.

Note-se que a natural abstração contida nos princípios não chega a ser um óbice à sua direta aplicação ao caso concreto, em substituição à regra infraconstitucional. Como já se disse antes, os princípios constitucionais são aplicáveis diretamente, na

---

fuera de lo que ellas mismas significan.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 110:

<sup>589</sup> “La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomas de posición’ jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El ‘ser’ iluminado por el principio aún no contiene en sí el ‘deber ser’, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.” ZAGREBELSKY, op. cit., p. 118.

<sup>590</sup> BARROSO; BARCELLOS, op. cit., p. 332

medida de sua densidade normativa. É o que também dizem Barroso-Barcellos, quando atestam que mesmo os princípios, dotados da “vagueza” que lhes é peculiar, possuem “um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras”<sup>591</sup>. Bem por isso, dizem esses autores, os princípios constitucionais são dotados de “eficácia negativa”, que, por sua vez, autoriza sejam declaradas inválidas normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelos princípios constitucionais<sup>592</sup>.

Aliás, na visão desses autores, é perfeitamente possível que determinada regra que não seja, em si, inconstitucional, produza efeito em desacordo com a Constituição, num determinado caso concreto, quando então se apresenta lícito que, naquele caso concreto, aquela regra, mesmo reconhecidamente constitucional, seja tida por desconforme com o Texto Constitucional. Confira-se:

Uma observação final. Alguns dos exemplos acima envolveram a não aplicação de determinadas regras, porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação – aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultado inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.<sup>593</sup> (grifos dos autores)

Essa lição encaixa-se de modo justo ao tema aqui tratado. Regras processuais legítimas, conformes com os princípios constitucionais, em determinado e específico caso, podem produzir um efeito contrário aos princípios albergados no Texto Constitucional, quando então podem ser alijadas em prol dos valores consagrados na Constituição. Haverá, assim, a incidência direta de um princípio constitucional processual, em substituição a uma regra infraconstitucional, que, mesmo em conformidade com a Constituição, é superada apenas naquele caso concreto.

Trazidas todas essas ponderações para o centro desta tese, afigura-se razoável entender que, quando leis processuais, ainda que plenamente válidas, possam produzir, no caso concreto, um formalismo exagerado e contraproducente, quando o resultado útil do processo for prejudicado por um formalismo “oco e vazio”<sup>594</sup>, estará o operador do direito autorizado a suplantar a lei, para buscar diretamente nas diretrizes processuais previstas na Constituição a forma adequada para aquela situação específica.

<sup>591</sup> BARROSO; BARCELLOS, op. cit., p. 341

<sup>592</sup> Ibidem, p. 369

<sup>593</sup> Ibidem, p. 375

<sup>594</sup> OLIVEIRA, Do Formalismo no processo civil, p. 275

A medida exata dessa superação da lei pelo juiz, na busca do procedimento adequado, está na Constituição e em especial modo no “processo justo”, assim entendido o conjunto das garantias mínimas de meios e de resultado, não só em termos quantitativos, mas também qualitativos, que assegurem correção e efetividade dos instrumentos processuais por um lado, efetividade e adequação das formas de tutela por outro<sup>595</sup>.

No tópico anterior, foram listadas, exemplificativamente, várias situações em que, pela só interpretação instrumental da lei processual, a ela agregando-se os temperamentos da instrumentalidade das formas processuais, da economia processual e da ausência do prejuízo, se apresentava possível superar o rigorismo formal, em busca da simplificação e da efetividade do processo, independentemente do legislador infraconstitucional ou apesar dele.

Àquelas argumentações se podem acrescentar estas, que, buscando fundamento mais alto, na própria Constituição, reforçam a posição dos que entendem possível a alteração das formas processuais, em busca da efetividade do processo, sem que tal dependa da boa vontade do legislador infraconstitucional, nem sempre encontrada.

#### **5.4 DIREITO EM EXPECTATIVA**

Nas considerações até aqui expendidas, preocupou-se com o ordenamento jurídico vigente, em especial modo com os entraves processuais nele contidos, e com as maneiras pelas quais se podem superá-los, buscando simplificação e efetividade processuais. Até aqui, as questões suscitadas tiveram por base o ordenamento jurídico posto e a melhor maneira de interpretá-lo, sempre com vistas a que a finalidade do processo, os seus escopos jurídicos e metajurídicos pudessem ser atendidos.

Neste último tópico, o ângulo de visão será outro. Ao invés de focar-se o ordenamento jurídico vigente, interessará de perto o direito em expectativa, as inovações processuais que ainda não se implementaram, quer porque ainda em gestação perante as fontes produtoras das normas processuais, quer porque ainda não assimiladas na sua

---

<sup>595</sup> “Esse, pertanto, no possono più risolversi in diritti statici (al pari dei più ampi diritti di libertà individuale), ma per effetto di quegli indispensabili aggettivi (‘equo’ e ‘giusto’) – vanno intese come garanzie minime ‘di mezzi e di risultato’, poiché assicurano non solo la sufficienza quantitativa minima dei ‘mezzi processuali’, ma anche un ‘risultato’ modale (o qualitativo) costante. Esse cioè, in una duplice direzione, assicurano: - da un lato, la correttezza e l’effettività degli strumenti processuali disponibili nel corso del giudizio; - dall’altro, l’effettività e l’adeguatezza delle forme di tutela ottenibili al termine di quel giudizio.” COMOGLIO, in, COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 61-62.

integralidade pelos operadores do processo.

Dentro dessa ideia, e respeitado o espaço destinado a este assunto, dois foram os objetos de análise escolhidos: o procedimento judicial eletrônico, importante marco na desformalização processual, e o projeto do novo código de processo civil, que promete inovações de vulto para o sistema processual, inclusive na questão da simplificação do processo.

#### **5.4.1 Processo judicial eletrônico**

É verdade que o processo judicial eletrônico, a rigor, não é exatamente uma novidade. A lei que abriu caminho à informatização do processo judicial está em vigor há quase sete anos, tratando-se da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, daí a inferência que se poderia extrair - incorreta, aliás -, de que já se trata de direito posto.

Mas o fato é que não é assim e não poderia ser. O que se contém na aludida Lei 11.419/2006 é verdadeira quebra de paradigma, como se verá em seguida, daí a natural dificuldade não só de sua implantação, mas até mesmo de sua aceitação.

Tanto é assim, que o sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça na “internet” dá conta de que o lançamento do “software” desenvolvido pelo aludido conselho, em parceria com diversos tribunais, com vistas à informatização do processo, somente ocorreu em 21 de junho de 2011, o que sequer deve significar imediata implantação daquele sistema, que depende de paulatina adesão dos diversos órgãos de Justiça à própria automação dos serviços judiciários<sup>596</sup>. O artigo 1º da aludida Lei 11.419/2006 não expressa uma determinação, mas sim uma autorização para que meios eletrônicos sejam utilizados na tramitação do processo judicial, no que evidenciado o seu caráter programático<sup>597</sup>. Aliás, reconheça-se, há valores financeiros a despender e toda uma cultura a desconstruir.

De outra parte, não há como não reconhecer a magnitude dessa inovação legislativa, menos ainda o seu impacto na própria conformação processual. Afinal, se até aqui a escritura predominou, ainda que em certos pontos mitigada pela oralidade, se até este passo da história processual o sistema judicial se desenvolveu sobre bases materiais

---

<sup>596</sup> Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 23 ago. 2013.

<sup>597</sup> Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta lei.

ainda rudimentares - papel e tinta -, a partir da implantação do processo eletrônico não haverá sequer uma base material sobre a qual se deverá desenvolver o procedimento, mas apenas uma plataforma virtual. Aquela edificação de formalidades que se ergueu em torno do processo escrito terá as suas estruturas seriamente modificadas, em prol de um sistema dinâmico, disforme e interativo.

José Eduardo de Resende Chaves Júnior explica que a maior virtude do processo eletrônico nem é a sua automação, de certa forma incompatível com o principal momento do procedimento judicial – a decisão -, e sim a sua feição “reticular”, ou seja, o seu desenvolvimento em rede, acessível pela “internet” e por isso passível de ser influenciado pela “inteligência coletiva” que se ali delinea<sup>598</sup>. E o artigo 8º do referido diploma legal acima mencionado refere-se exatamente a isso, quando fala da possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário desenvolverem sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, utilizando-se, preferencialmente, da rede mundial de computadores<sup>599</sup>.

O mesmo autor acima mencionado utiliza-se da figura do “rizoma”, a árvore-raiz a que se referem Gilles Deleuze e Félix Guattari, para demonstrar que o processo eletrônico é pós-estruturalista, aberto e em contato com o mundo externo<sup>600</sup>.

Sebastião Tavares Pereira fala em “ciberespaço” como um mundo de pura informação, no qual matéria e energia assumem função secundária, como suportes do que é realmente importante – a informação em circulação. E com base nisso esse mesmo autor fala em “ciberprocesso”, por ele definido como “o processo do ciberespaço, realizado mediante um sistema processual que incorpore, maximamente, as particularidades tipificadoras dessa nova realidade<sup>601</sup>”.

Pierre Lévy destaca a questão do “hipertexto” como uma “pequena revolução copernicana”, pela compreensão de que a partir dele não é mais o leitor que segue as instruções do texto, mas o texto que se amolda diante do leitor. As “cosmopedias”, segundo Lévy, “não fariam mais as pessoas girarem em torno do saber,

---

<sup>598</sup> CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Org.). **Estudos Aprofundados – magistratura do trabalho**. Salvador: Edições JusPodvum, 2013, p. 749

<sup>599</sup> Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

<sup>600</sup> DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix, apud CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 749.

<sup>601</sup> PEREIRA, Sebastião Tavares. **Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso**. Disponível em <www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

mas o saber em torno das pessoas<sup>602</sup>”.

Ora, a partir dessas ideias, como não associar, em termos de processo judicial, a questão do “hipertexto” ou do “hiperlink”, essa confluência das informações ou do conhecimento em torno do leitor, à própria “comunidade de trabalho” que se deve formar no processo judicial, com vistas ao atingimento dos seus escopos? Como não lembrar da cooperação que deve reinar no processo, em busca da tutela jurisdicional?

Afinal, a partir do processo judicial eletrônico e a partir da utilização de todas as suas “externalidades”, haverá um alargamento do rol daqueles que podem participar do processo, direta ou indiretamente. Aliás, há expressa previsão nesse sentido, conforme se pode verificar do contido no artigo 13 da Lei 11.419/2006, que autoriza o juiz a determinar exibição eletrônica de dados e documentos necessários à instrução do processo, coletados de cadastros públicos, elaborados tanto por entidades públicas, quanto por entidades privadas<sup>603</sup>.

A comunidade de trabalho, portanto, não se formará apenas com os sujeitos processuais, mas também com todas as instituições, públicas ou privadas, que possam armazenar e oferecer informações úteis à tutela jurisdicional. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de o juiz, com um comando eletrônico, obter informações a respeito da relação de bens em nome de quem responda por improbidade administrativa; ou então na hipótese de o juiz, acessando diretamente o sítio eletrônico da previdência social, saber da condição de segurado do autor pretendente de determinado benefício previdenciário. Imagine-se que o juiz pode acessar o banco de dados das concessionárias de serviços telefônicos.

O velho apotegma de que “o que não está nos autos no está no mundo” está prestes a se “desmanchar no ar”, pois o que não está nos autos pode ser acessado diretamente do ciberespaço. A própria concepção do princípio inquisitivo haverá de ser revisitada, na mesma proporção em que o ativismo judicial o será. Bem pensadas as coisas, a própria ideia de notoriedade dos fatos haverá de ser remodelada. O que estiver acessível no ciberespaço pode ser considerado público e notório, portanto passível de conhecimento pelo juiz, ex officio. Até a noção de preclusão deve ser reformulada.

---

<sup>602</sup> LÉVY, Pierre. **Tecnologias intelectuais e modos de conhecer**: nós somos o texto. Disponível em <<http://caosmose.net/pierrelevy/nossomos.htm>>. Acesso em: 24 Ago. 2013.

<sup>603</sup> Art. 13 O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo. § 1º Consideram-se cadastros públicos, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes ou que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresa privada, os que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante. § 2º O acesso de que trata este artigo dar-se-á por qualquer meio tecnológico disponível, preferentemente o de menor custo, considerada sua eficiência.

Sebastião Tavares Pereira detecta, nessa nova realidade que se aflora pela informatização do processo, o “princípio da prioridade da função judicante”, no sentido de que todos os esforços para a implementação do processo judicial eletrônico devem ter por fio condutor a facilitação do ato de julgar, pela disponibilização do maior número de informações possíveis, trazidas pelas ferramentas eletrônicas. E também fala mencionado autor do princípio da “extraoperabilidade”, com isso se referindo à conexão dos sistemas processuais com o mundo e com os demais sistemas eletrônicos disponíveis, capazes de produzir informações úteis à decisão judicial<sup>604</sup>.

E, nesse contexto, a própria forma dos atos processuais decerto que perderá muito em importância, principalmente se considerada a sua natureza causal e não formal, como já se teve ocasião de dizer em outro ponto deste trabalho. José Eduardo de Resende Chaves Júnior fala do “princípio da imaterialidade”, destacando que a principal característica do processo eletrônico é a “desmaterialização dos autos”. Bem por isso, as noções de “processo”, “procedimento”, “autos” tendem a se aproximar pela ideia comum de fluxo, impulso, movimento. O novo processo que começa a se aflorar é muito mais linguagem do que forma<sup>605</sup>.

Chaves Júnior também extrai do processo eletrônico o “princípio da hiper-realidade”, cujo principal efeito é exponencializar ou radicalizar a oralidade. Como já se viu em outro ponto deste trabalho (item 2.3), o procedimento oral confia nos sujeitos do processo e principalmente no diálogo entre eles, produzindo um ambiente propício para que formas sejam simplificadas e para que demandas sejam solucionadas com razoável celeridade. A hiper-realidade maximiza esse ambiente de segurança, porque preserva a oralidade de modo mais intenso, pela possibilidade de os atos processuais serem apresentados em forma de som e imagem<sup>606</sup>.

Do processo eletrônico, diz Chaves Júnior, também se colhe o princípio da “interação”, que é muito mais do que o princípio do contraditório, porque permite o atuar em tempo real, com sinergia e autenticidade<sup>607</sup>. Aliás, também fala o mesmo autor do princípio da “instantaneidade”, que propicia imediato contato dos sujeitos processuais para com a relação processual, a qualquer hora e em qualquer lugar, do que também se depreende o princípio da “desterritorialização”, pelo qual se derrubam barreiras à tutela

---

<sup>604</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>605</sup> CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 758-759

<sup>606</sup> Ibidem, p. 767-768

<sup>607</sup> Ibidem, p. 772-773

jurisdicional, e se suplantam distâncias capazes de dificultar a sua efetivação<sup>608</sup>.

Em vários pontos deste trabalho, vem-se enfatizando a instrumentalidade do processo como polo de irradiação de ideias, como vetor a conduzir não só a produção de leis processuais instrumentais, mas também a sua interpretação de modo instrumental; tudo convergindo para que se mitigue aquele tecnicismo exacerbado que por certo período dominou a ciência processual, sob a falsa compreensão de que o processo pudesse ser mais importante do que o próprio direito material cuja tutela se visasse empreender.

Todas as ideias que parecem mover o processo eletrônico estão ligadas a essa instrumentalidade. O meio eletrônico potencializa a instrumentalidade do processo e o libera de amarras e limitações materiais<sup>609</sup>. Para o processo eletrônico não interessa a forma com que os atos processuais foram praticados ou como a informação ocorreu à relação processual, bastando que o tenha sido com eticidade (aqui também processo justo e equo).

Chaves Júnior fala de três gerações do processo eletrônico – uma primeira criada pela prática de alguns juízes federais, com fundamento na Lei dos Juizados Especiais Federais, cuja base centra-se na “imaginalização” do processo, ou seja, na reprodução dos autos de papel em mídia eletrônica, como um “retrato” das peças processuais; uma segunda geração, parcialmente implementada, parte para a “virtualização” do processo e para a utilização de ferramentas eletrônicas postas a serviço da tutela jurisdicional; e uma terceira geração do processo eletrônico que também já se aflora, esta sim de feição reticular, baseada na conexão autos-mundo<sup>610</sup>. A utilização adequada dessa nova tecnologia passa pela conciliação e pela imbricação dessas três gerações.

As novas tecnologias aplicadas à prestação jurisdicional produzem um elenco quase infinito de possibilidades, que podem fazer do processo verdadeiro instrumento de pacificação social. Os técnicos já avançaram muito nessa área, como diz Sebastião Tavares Pereira, devendo agora os juristas fazer a sua parte, estabelecendo parâmetros para esses desenvolvimentos, dizendo que processo desejam com essas novas tecnologias<sup>611</sup>.

O avanço pode ser prodigioso se todo o potencial do processo eletrônico for utilizado em prol de uma prestação jurisdicional mais simples, célere, efetiva. Para isso é

---

<sup>608</sup> CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 774-775

<sup>609</sup> Ibidem, p. 755-756

<sup>610</sup> Ibidem, p. 750-751

<sup>611</sup> PEREIRA, op. cit.

preciso lançar fora velhas tradições e antiquados formalismos, para não cair na armadilha de se utilizar um computador de última geração e uma rede de dados de altíssima velocidade, apenas para saber em que prateleira foram guardados os autos de papel.

Em outro ponto deste texto já se disse da importância do “processualista” na conformação do processo. A densificação e o aperfeiçoamento do processo, como dito ali, dependem do operador do direito, de sua proatividade, de sua boa vontade, de seu espírito público.

É disso que se trata também na questão do processo eletrônico e de sua proficiente utilização.

#### **5.4.2 O Novo Código de Processo Civil**

Está em andamento no Congresso Nacional, agora na Câmara dos Deputados, projeto de lei que visa instituir um novo código de processo civil. Referido projeto teve origem no Senado Federal, onde tomou corpo pelas mãos de juristas que compuseram comissão instituída para esse fim (Ato 379/2009, do Presidente do Senado Federal), cuja finalidade primordial, dizia o Presidente do Senado à época, seria a sistematização das normas processuais civis, de forma que se privilegiassem a simplicidade de linguagem, a celeridade do processo e a efetividade de seu resultado, sempre com a garantia do devido processo legal. Referido projeto recebeu, naquela Casa, o número 166/2010<sup>612</sup>, sendo certo que, encerrada a sua votação no Senado Federal, seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 8.046/2010<sup>613</sup>, e onde se encontra em fase de elaboração final, inclusive já aprovado o relatório definitivo.

Há quem critique a iniciativa de elaboração de um novo código de processo civil, ao entendimento de que uma nova codificação somente se faz oportuna quando se tem verdadeira renovação metodológica, quando se rompe com a tradição e se busca um novo ordenamento, uma nova sistematização dos institutos jurídicos.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, esse ambiente de ruptura não se faz presente, a ponto de ensejar o afloramento de um novo código de processo civil. Quando muito, o que se deveria empreender seria a consolidação das normas processuais já existentes, com pequenos acréscimos – nada que devesse assumir a

---

<sup>612</sup> Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

<sup>613</sup> Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

magnitude de uma nova codificação. No entendimento desses autores, esse ambiente de ruptura se verificou quando da aprovação do CPC de 1973, que guardava diferença “abissal” em relação ao seu predecessor, o CPC de 1939 - o que não ocorre agora<sup>614</sup>.

E há os que entendem necessária a nova codificação, como Érico Andrade<sup>615</sup>, em face das infundáveis reformas por que tem passado o código atual, tornado-se verdadeiro “mosaico de sobrevivência”, cuja sistematização se faz inevitável.

Seja como for, trate-se de um novo código ou de mera consolidação de normas já existentes, o fato é que o projeto em andamento no Congresso Nacional, se mantida a redação hoje discutida, trará inovações importantes (ainda que insuficientes), em especial modo no que se refere ao tema ora estudado – que elege a simplificação processual como fator de acesso à ordem jurídica justa.

Note-se, por exemplo, que neste trabalho já se destacou a importância da proteção dos direitos fundamentais, como imprescindível à própria concretização do Estado Democrático de Direito (item 1.1), na mesma medida em que se ressaltou a importância do princípio da separação dos poderes (item 1.2), como mecanismo de fomento e proteção dos direitos fundamentais. O artigo 6º do Projeto do Novo CPC (8.046/2010) é explícito nesse sentido, quando determina ao juiz que, quando da aplicação do ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, com resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana. Confira-se:

Art. 6º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ingo Wolfgang Sarlet, lembrando Judith Martins-Costa, destaca que a dignidade da pessoa humana, como princípio e como valor fundamental, anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico<sup>616</sup>, o que faz ver que o Projeto preocupou-se com essa questão, inserindo na grade de normas processuais um princípio fonte, o mais importante deles, que deve inspirar a interpretação e a aplicação de todo o conjunto de leis processuais, e não apenas as normas contidas no novo CPC. É a inserção do materialismo da Constituição no ordenamento jurídico processual.

<sup>614</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 56

<sup>615</sup> ANDRADE, Érico. As Novas Perspectivas do Gerenciamento e da “Contratualização” do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n.193, p. 167-200, 2011

<sup>616</sup> MARTINS-COSTA, Judith apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 85

Aliás, bem analisado o novel dispositivo, dele se extrai importante mecanismo de inserção dos regramentos constitucionais no interior do processo civil. Basta ter presente que aludido texto foi explícito ao trazer para o âmbito do processo, não só o tema da dignidade da pessoa humana, mas também os métodos constitucionais de ponderação de valores e de aplicação de normas constitucionais, bem assim a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Trata-se de cláusula geral capaz de oxigenar toda e qualquer interpretação das normas processuais, pelo viés constitucional e principalmente humanitário.

É verdade que o anteprojeto original era mais incisivo a esse respeito, pois além do contido no referido artigo 6º, acima transcrito, também estabelecia, no seu artigo 1º, que o processo civil deveria ser interpretado segundo valores e princípios fundamentais contidos na Constituição, sendo certo que o seu artigo 109 ainda estabelecia que o juiz haveria de se pautar por esses parâmetros para o seu julgamento. Apesar das glosas sofridas durante a tramitação do projeto, é possível vislumbrarem-se boas perspectivas nessa questão, desde que mantida a instrumentalidade como o fio condutor da interpretação no novo código.

Também já se disse, em outro ponto deste trabalho, da importância do contraditório efetivo, como direito de influência, assim como do imperativo de cooperação ou colaboração que nele se insere, na compreensão do processo como uma “comunidade de trabalho”, capaz de construir um modelo constitucional de processo. O artigo 8º do Projeto é explícito ao consagrar esse princípio da colaboração, determinando que todos os sujeitos do processo deverão cooperar entre si, na busca de solução justa, efetiva e em tempo razoável. Já se disse antes que a colaboração ou a cooperação no processo é tendência que se vem firmando em sistemas processuais estrangeiros<sup>617</sup> e que se entrelaça com a própria boa-fé que deve imperar no processo, que não pertence às partes, mas ao Estado. Esse parece ter sido o espírito que norteou a redação do aludido dispositivo constante do Projeto. Confira-se:

Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Em outro ponto deste texto também já se fez referência à mitigação dos efeitos do reconhecimento da incompetência absoluta, em prol da efetividade do processo,

---

<sup>617</sup> O novo Código de Processo Civil Português, no seu artigo 7º, item “1”, vigente a partir de setembro/2013, tem norma parecida ao do Projeto brasileiro, ao estatuir que “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

inclusive valorizando a decisão proferida por juiz incompetente. O parágrafo 3º, do artigo 64 do Projeto, contempla exatamente essa situação, quando determina que os efeitos de decisão proferida por juízo incompetente sejam mantidos, ao menos até manifestação do juízo competente<sup>618</sup>.

Este trabalho também abordou a questão da adaptabilidade procedimental como característica ínsita ao procedimento judicial, cuja rigidez é inconciliável com a própria variabilidade dos fatos da vida. O Projeto enfrenta esse tema, quando atribui ao juiz o poder de dilatar prazos e alterar a ordem de produção de prova, de modo a adequar essas questões às necessidades da causa<sup>619</sup>.

À primeira vista seria de pensar que o Projeto poderia ter avançado mais, permitindo ao juiz adequar as próprias fases processuais às características da causa, como o fazia o Anteprojeto elaborado no Senado<sup>620</sup>, ao invés de restringir essa possibilidade aos prazos e à ordem de produção da prova. Mas analisado o Projeto no seu conjunto, é possível concluir que existem válvulas de escape.

O artigo 191 do Projeto<sup>621</sup>, por exemplo, admite a convenção das partes quanto a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que a causa verse sobre direito que admita autocomposição, sendo certo que o seu parágrafo 1º prevê, inclusive, alteração procedimental para ajustá-lo às especificidades da demanda. Aliás, é possível até a fixação de um calendário para a prática dos atos processuais<sup>622</sup>.

Esses dispositivos contidos no Projeto se aproximam, em muito, da sistemática portuguesa, que, no Decreto-Lei 108/2006, artigo 2º, faz expressa previsão quanto à gestão processual por parte do juiz<sup>623</sup>, sendo certo também que do artigo 265-A do antigo CPC português se colhe dispositivo semelhante ao projeto brasileiro<sup>624</sup>, o que se repete no artigo 6º do novo diploma processual civil lusitano, vigente a partir de

<sup>618</sup> § 3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

<sup>619</sup> VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

<sup>620</sup> V – Adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

<sup>621</sup> Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>622</sup> § 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos autos processuais, quando for o caso;

<sup>623</sup> Art. 2º Dever de Gestão Processual. O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente: a) adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório; c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

<sup>624</sup> Art. 265-A Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

setembro/2013<sup>625</sup>. Érico Andrade dá conta de movimentos parecidos já deflagrados na França e na Inglaterra, cuja ideia-força se assenta na flexibilização processual, na criação de um calendário do processo e na “contratualização” do processo<sup>626</sup>.

Quando se abordou, neste trabalho, a questão das nulidades processuais, destacou-se que, na verdade, não há, propriamente, nulidades processuais absolutas. Em sede processual, dizia-se, mesmo no referente às nulidades cominadas pelo legislador, para o caso do descumprimento ou do cumprimento defeituoso do ato processual, o que se tem é presunção relativa - e nunca absoluta - de que o ato não realizado pela forma prescrita causa prejuízo, sendo certo que, se no caso concreto esse prejuízo não ocorre, a nulidade não pode ser considerada, porque a presunção foi suplantada pela realidade (item 3.4).

O Projeto em tramitação também vai por essa linha, tanto assim que no seu artigo 277 estatui que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Note-se que o CPC hoje vigente possui dispositivo semelhante, o artigo 244, mas com uma diferença essencial: o dispositivo atual somente autoriza a convalidação do ato processual se a lei prescrever determinada forma, “sem cominação de nulidade”<sup>627</sup>, frase extirpada do novo dispositivo.

Conforme asseverado por Marinoni-Mitidiero, a alusão à “nulidade cominada” não faz qualquer sentido no Estado Constitucional, no qual a forma só se prestigia quando sirva à segurança jurídica e à liberdade das partes, e não para satisfazer mero “fetichismo formal”<sup>628</sup>.

O Projeto em discussão também avança na questão da informatização do processo. Os seus artigos 193 e seguintes são expressos ao prestigiarem o processo judicial eletrônico, nos moldes em que já o faz a Lei 11.419/06, que foi objeto de estudos no tópico anterior, principalmente ao explicitar princípios informadores dessa nova técnica processual, bem assim a disponibilidade, a independência da plataforma computacional, a acessibilidade e a interoperabilidade – tudo a reforçar a quebra de

---

<sup>625</sup> Art. 6º. Dever de Gestão Processual. 1 — Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

<sup>626</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>627</sup> Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

<sup>628</sup> MARINONI; MITIDIERO, O Projeto do CPC, p. 96

paradigma a que se referiu pouco antes<sup>629</sup>.

Como se vê de rápida análise de alguns dos dispositivos do Projeto do novo CPC brasileiro, há pontos importantes considerados pelo legislador, que se aprovados podem trazer avanços em termos de simplificação processual e facilitação do acesso à Justiça.

Mas mesmo nessa situação, é preciso ter em conta o que já se disse em tópico anterior, a respeito da importância do “processualista” na concretização dessas inovações. Interpretar uma lei não deixa de ser um ato de vontade. Mauro Cappelletti já disse que “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”<sup>630</sup>. O mesmo autor, citando Lord Radcliffe, assevera que mesmo aquele juiz que se empenha na mais estrita adesão aos precedentes judiciais, convicto de que nada disse ou decidiu senão em perfeita consonância com o que disseram ou decidiram os seus predecessores, terá dito coisa diferente, pois as palavras assumem significado materialmente diverso, quando ditas por outra pessoa<sup>631</sup>.

Marcus Vinicius Furtado Coelho, comentando ainda o anteprojeto do novo CPC, já ressaltava que a efetividade da prestação jurisdicional não depende apenas de uma nova estrutura normativa, mas também da ampliação da estrutura organizativa e, talvez o mais importante, de uma mudança cultural ou valorativa, quanto à própria importância de uma Justiça efetiva. Confira-se:

Bem é de ressaltar que a prestação jurisdicional célere e efetiva depende do tripé de fatores, de que a nova norma processual é apenas um aspecto. Os outros dois são a ampliação da estrutura organizativa do Judiciário, que deve se guiar pelo planejamento, moralidade, transparência e eficiência; e a mudança cultural ou de valores, com a consciência de que a Justiça desacreditada e ineficiente não é boa para ninguém, ruim para a sociedade, péssima para as partes e seus procuradores. A Justiça efetiva contribui para o desenvolvimento do país, para a paz social e para a valorização de todos os profissionais que nela labutam.<sup>632</sup>

O sucesso do Novo Código de Processo Civil passa pela vontade do intérprete, do juiz, do advogado, do administrador público, e até mesmo do leigo que acorre à Justiça. Para que se tenha um novo diploma legal de viés instrumental, é preciso

<sup>629</sup> Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções.

<sup>630</sup> CAPPELLETTI, Juízes Legisladores?, p. 22

<sup>631</sup> LORD RADCLIFFE, apud CAPPELLETTI, Juízes Legisladores?, p. 23

<sup>632</sup> FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 185, p. 145-150, 2010

que sua interpretação também tenha esse mesmo cariz. Há que se implantar a *cultura da simplificação*.

## CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, algumas conclusões podem ser tiradas de tudo o que se pesquisou e de tudo que se expendeu até aqui.

A morosidade do sistema judicial é flagrante, reconhecida pelos técnicos e sentida pelo povo. E dessa morosidade decorre o principal problema a ser enfrentado, verdadeiro perigo para a democracia – a descrença do povo em relação aos poderes instituídos, em especial modo o Poder Judiciário, que tem gerado “decepções que se somam a decepções”, produzindo um estado de descrença permanente, como disse Dinamarco.

Trata-se de questão que não se restringe ao território brasileiro, atingindo boa parte do mundo, mas que no Brasil assume proporções catastróficas, seja pela premência daqueles que necessitam da Justiça, seja pela própria incipiência da democracia que aqui se desenvolve.

Democracia, aliás, que não pode significar apenas e tão-somente a estruturação de um sistema quase perfeito de votação, uma “urna eletrônica” infalível, mas principalmente o provimento de condições capazes de empreender igualdade material entre as pessoas - fazer com que elas participem, efetivamente, não só dos mecanismos de controle de decisões estatais, mas também dos rendimentos da produção. Participar dos processos decisórios envolve muito mais do que possibilidades de escolha, desafiando mínimas condições econômicas e sociais, capazes de liberar a pessoa humana de qualquer forma de opressão.

E quem deve proporcionar tudo isso é o Estado, tripartido nas suas funções essenciais: legislação, administração e jurisdição. O desequilíbrio entre essas funções estatais gera a desproteção do povo e o fracasso da própria democracia. A separação de poderes não pode ser só separação, mas também autonomia e harmonia. Contra um legislador mastodonte e um administrador leviatã, como disse Cappelletti, é preciso que se erga um terceiro gigante, o julgador, capaz de controlar os demais, restabelecer o equilíbrio perdido e propiciar condições ideais à manutenção da democracia.

Nesse contexto, a jurisdição exerce papel fundamental, por isso mesmo não lhe tocando apenas escopos de feição jurídica, como se reconhecia no Estado Liberal, atuando a “vontade concreta da lei”, mas também escopos de natureza metajurídica, ligados à pacificação social com justiça, ao fortalecimento das instituições políticas e à própria dignidade da pessoa humana - o que é próprio do Estado Social e, mais ainda, do Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa ideia, assume foros de essencialidade o problema do próprio acesso à jurisdição ou à Justiça, já proclamado como direito fundamental e como garantia institucional, “o mais básico de todos os direitos humanos”, como disseram Cappelletti e Garth; o que não pode significar o mero acesso aos tribunais, e sim a confluência de todos os direitos fundamentais processuais, que nesse contexto seriam emanações desse mesmo princípio central, cuja função é produzir decisões justas e efetivas a quem delas tenha necessidade – acesso à “ordem jurídica justa”, enfim.

A demora na entrega da prestação jurisdicional é, dentre vários, um dos obstáculos ao acesso a essa ordem jurídica justa, que faz beneficiar-se o réu sem razão, ao mesmo tempo em que faz prejudicar-se o autor com razão.

Vários são os motivos pelos quais a prestação jurisdicional se faz tardia, dentre eles o formalismo exacerbado, a degeneração da forma que faz valorizar-se o processo em detrimento do direito que por intermédio dele se busca proteção - aspecto sobre o qual este estudo se desenvolveu.

Não se trata, reitere-se, de desconsiderar a forma processual, que em última análise é fator de segurança para os próprios jurisdicionados, mas sim de condenar o seu excesso, a sua supervalorização.

A partir desse ângulo de visão, ganha relevo a figura do “procedimento” judicial, mais do que o “processo” e mais até do que a própria “relação jurídica processual”, na medida em que o procedimento, assim entendido o modo pelo qual se desenvolve e se exterioriza a relação processual, apresenta-se como o elemento material do processo, aquele que tem contato com o mundo e, em especial modo, com o direito sobre o qual se deverá empreender tutela. É o “reductor de complexidades” a que se refere Niklas Luhmann, capaz de concentrar num determinado âmbito de discussão apenas aquilo que de importante ou relevante se apresenta para aquela finalidade - daí também a noção mesma de plasticidade, de adequação, de adaptabilidade, que deve ostentar o procedimento judicial em relação ao direito material postulado.

Essa noção de plasticidade ou de adaptabilidade se fortalece quando confrontada com os próprios princípios informadores do processo. Afinal, um procedimento inflexível, anciloso, não se compatibiliza com a própria fluidez da vida, muito menos com aquela “promessa síntese” que se contém no princípio da inafastabilidade da jurisdição, no sentido da pacificação social com justiça. Aliás, desse princípio decorrem outros, catalisados por ele, e que também reforçam essa mesma noção de plasticidade.

*E aqui se apresenta a primeira conclusão passível de ser extraída deste trabalho: a valorização do procedimento como fator de simplificação do processo, porque é ele - o procedimento -, o aspecto material do processo, que por isso mesmo tem contato com a fluidez da vida e deve se amoldar a ela.*

A ideia de simplificação processual também passa, necessariamente, pela própria superação da ideia da autonomia do direito de ação, que por muito tempo apresentou-se como dogma intransponível. Não há dúvidas de que há completa distinção entre o direito de ação e o direito material pretendido, mas uma tal noção não pode ser levada às últimas consequências, a ponto de o processo, como técnica, ser alçado a patamar de importância mais alto do que o próprio direito material a ser tutelado. A fase atual é de “maturidade” da ciência processual, como sustenta Dinamarco, na qual se tem plena noção dessa distinção entre direito e processo, assim como da própria importância do direito processual como ciência autônoma, mas não se necessita desse enclausuramento tecnicista, e sim da perfeita compreensão de sua natureza instrumental.

Direito e processo, nesse contexto, não podem ser tidos como ilhas distintas e isoladas, mas como rios que correm em paralelo e que em muitos momentos se entrecortam. Trata-se de reconhecer a permeabilidade axiológica que deve informar o processo, e que deve produzir prestação jurisdicional comprometida com resultados sociais, econômicos e políticos. E isso demanda conformar a atividade procedimental às especificidades do caso concreto, fazer passar pelos poros do processo a própria substância de que se constitui o direito material postulado.

O processo, na verdade, é apenas o aspecto dinâmico da jurisdição, pois pacificar conflitos, educar pessoas para o cumprimento de direitos, fortalecer instituições políticas, fazer cumprir direitos fundamentais, não são escopos atribuídos ao processo, que não é poder, e sim à jurisdição, esta sim uma das faces do próprio poder estatal. E a ontológica feição instrumental ostentada pelo processo detecta-se exatamente neste ponto. Ao centro da teoria geral do processo deve alçar-se a jurisdição e não o processo. A este cabe voltar-se à realidade da vida, satisfazer o direito material, ser instrumento.

*Eis aí a segunda conclusão a que se chegou neste estudo: a despeito da incontornável importância que tem o processo para a atuação do direito material e para o próprio atingimento dos escopos traçados pelo Estado, quem materializa direitos, quem pacifica conflitos, quem fortalece as instituições é a Jurisdição e não o processo, daí a nítida feição instrumental ostentada por este.*

Bem por isso, se processo é o instrumento pelo qual a jurisdição se aflora, se é esta o que importa e não, propriamente, aquele, o próprio formalismo processual também deve ter a sua importância mitigada, porque não pode ser um fim em si mesmo, exatamente como não o é o processo. Isso não significa, porém, não haja valor nas formas processuais, que não deixam de ser uma imposição de segurança. O que se deve renegar é o formalismo exagerado, a degeneração das formas processuais, o culto irracional às formalidades, como se estas fossem um fim em si mesmas.

A perfeita compreensão do formalismo mitigado que aqui se sustenta, passa pela compreensão dogmática do próprio ato processual. Atos processuais são “atos jurídicos stricto sensu”, cuja principal característica é a produção dos efeitos estabelecidos pela lei e não aqueles queridos pelo agente que os pratica. A este cabe praticar o ato processual, desimportando a sua vontade quanto aos resultados obtidos. Atos processuais são causais e não formais, do que decorre importante consequência: se atingidos os objetivos traçados pela lei, o ato processual é válido, mesmo disforme e às vezes até mesmo inexistente.

*A partir disso se tira a terceira conclusão possível neste trabalho: a forma processual é inessencial. Tem grande valor como parâmetro de segurança, mas deve ser afastada quando, ao invés de servir a esse intento, estorva a própria materialização dos direitos.*

Aliás, a própria lei processual assume contornos instrumentais, principalmente se considerado que sua principal finalidade não é a criação de direitos, mas a regulação dos meios capazes de realizá-los, máxime quando descumpridos esses direitos. A lei processual não é um mandamento, como explica Couture, mas uma descrição, um mapeamento do iter procedimental necessário à concretização da tutela estatal. A ideia que permeia a lei processual, portanto, é a de proporcionar os meios adequados para que se materialize a prestação jurisdicional. Reunidas condições adequadas para que assim ocorra, o papel do processo e da própria lei processual estará cumprido.

*E aqui a quarta conclusão: instrumentais não são apenas as formalidades processuais, instrumental não é apenas o processo, instrumental não é apenas a lei processual. O sistema processual, como um todo harmônico, é instrumental.*

De outra parte, a lei não é completa e nem perfeita - e a lei processual muito menos. A própria ineficiência do sistema processual, faticamente constatada no dia-a-dia, demonstra a existência de lacunas a serem colmatadas. Além de vazios normativos, representados pela ausência de disciplinamento para certo fato social, há também descompassos legislativos, representados pela obsolescência ou pela inadequação da lei, em

face da própria evolução dos tempos; e há também dissintonias valorativas, decorrentes das especificidades do caso concreto, que muitas vezes impelem a uma solução não alvitada pelo legislador.

O problema, aliás, está com o legislador. Há uma perda de substância da lei ordinária, que não mais atende aos anseios do povo - se é que em algum momento isto aconteceu. O Parlamento não consegue absorver, de modo adequado, as pressões advindas do pluralismo característico das sociedades modernas. A lei não faz esplender a vontade da maioria, mas sim a da minoria organizada. O sistema legislativo funciona movido por forças heterogêneas e ocasionais.

A solução para esta debilidade da lei, para esta sua perda de substância, exsurge da Constituição e especialmente da Constituição rígida. Direitos fundamentais, como disse Alexy, são aqueles que de tão importantes para os destinos de um povo não podem ficar ao sabor da maioria parlamentar simples, daí a sua proteção reforçada, através de um sistema qualificado de mutação constitucional. Os catálogos de direitos fundamentais, inseridos nas constituições, têm exatamente essa função – materializar e proteger direitos, inclusive contra a ação do próprio legislador ordinário.

E disso há que se extrair uma consequência vital: a própria normatividade dos direitos fundamentais. A aplicação direta de direitos fundamentais a casos concretos está prevista de modo explícito na Constituição brasileira (art. 5º, § 1º), sendo minoritária a corrente doutrinária que não a reconhece. Nesse contexto, mesmo normas meramente programáticas poderão ser projetadas e aplicadas em situações fáticas específicas, desde que existente uma densidade normativa mínima, e na exata proporção desta sua aptidão concretizadora.

*A quinta conclusão possível deste texto é exatamente esta: não se pode mais pensar no processo a partir da lei ordinária, e sim a partir da Constituição, pois nela estão os parâmetros essenciais a serem aplicados, inclusive passíveis de serem subjetivados no caso concreto.*

Com efeito, não há dúvidas de que direitos constitucionais processuais, porque fundamentais, ostentam feição normativa e estabelecem um arco de proteção às pessoas, evitando que a lei ou a sua interpretação inadequada crie obstáculos à prestação jurisdicional (princípio da inafastabilidade da jurisdição); provendo para que tal prestação jurisdicional se desenvolva com justiça e equidade (princípio do devido processo legal); zelando pela adequada participação dos sujeitos envolvidos (princípio do contraditório) e dispondo para que tudo se faça em tempo razoável (princípio da razoável duração do processo).

Esses direitos, dotados de fundamentalidade, devem ser aplicados ao caso concreto, “até onde possam”, como disse José Afonso da Silva, inclusive afastando leis processuais que não se enquadrem no perfil constitucional por eles traçados. Normas constitucionais, sejam regras, sejam princípios, são dotados de igual imperatividade, com a única diferença de que as primeiras dizem de imediato “o que fazer”, enquanto que os segundos estabelecem “como deve ser”.

*E disso deve decorrer a sexta conclusão: é possível que, no caso concreto, determinada formalidade processual, ainda que regularmente prevista na lei, seja afastada ou mitigada em nome de uma norma de estatura constitucional, não só regras, mas também princípios.*

A interpretação instrumental da lei processual amplia o ângulo de visão do operador do processo, que passa a compreendê-lo não mais a partir daquela relação processual específica, mas pelo viés do sistema processual. Vem daí a concepção de fungibilidade dos meios processuais (e não apenas dos atos processuais), a relativização da preclusão e da exigibilidade dos requisitos de admissibilidade da demanda, a flexibilização dos limites da competência jurisdicional, a valorização da imunização decorrente da coisa julgada, a compreensão de que a adaptabilidade procedimental decorre da própria natureza do processo, sem a necessidade de lei que a autorize.

Por outro lado, um dos grandes desafios da interpretação instrumental do sistema processual, é estabelecer os seus necessários limites. O procedimento judicial, previamente estabelecido, é elemento de segurança e previsibilidade, por isso mesmo devendo ser prestigiado, pelo menos até o ponto que se desvie de suas finalidades. O juiz é o reitor do processo e deve zelar pela sua proficiência, o que não pode significar a condução da causa por intermédio de procedimentos exóticos e instáveis.

O limite está na própria Constituição. Do próprio catálogo de direitos fundamentais extraem-se aqueles de feição processual, que na essência traçam um modelo processual mínimo a ser seguido, que serve tanto para aferir se a lei ordinária se mostra consentânea com a Constituição, quanto para verificar até que ponto o juiz pode interferir no procedimento estabelecido na lei, sem ferir, ele próprio, os cânones constitucionais. A medida está no processo justo e equo, aquele que contenha garantias mínimas de meios e de resultados e que assegure correção e efetividade dos provimentos judiciais.

*A partir disso se aflora uma sétima conclusão também extraível deste texto: o juiz não detém “superpoderes” no processo, a ponto de impor a sua vontade, ainda que travestida de “vontade constitucional”. O seu agir deve caber dentro dos limites do processo*

*justo, assim compreendido aquele que assegura garantias de justiça e equidade às partes envolvidas no certame.*

Inovações legislativas em desenvolvimento deverão auxiliar na compreensão instrumental do processo. O procedimento judicial eletrônico, já previsto na Lei 11.419/2006, está em fase de implantação em vários tribunais do país, incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de verdadeira quebra de paradigma, na medida em que modificará por completo a própria plataforma material sobre a qual se assenta a relação processual na atualidade. As possibilidades são quase infinitas, em especial modo se levada em conta a feição “reticular” de que se deverá revestir o novo método, capaz de ampliar o objeto de análise do juiz e com isso modificar, profundamente, vários institutos processuais. O novo código de processo civil, ainda em discussão no Congresso Nacional, também promete importantes inovações, embora ainda insuficientes. Temas como constitucionalização do processo, gestão processual, relativização de competência jurisdicional, valorização da dignidade da pessoa humana, simplificação e cooperação processual estão sendo considerados no novo texto.

Conforme se pretendeu demonstrar neste trabalho, é possível que formalidades processuais, ainda que previstas na lei, sejam desconsideradas pelo operador do processo, quando a sua observância produza a própria inefetividade do sistema. Não há necessidade de uma lei que assim autorize, porque a adaptabilidade é uma característica do próprio procedimento judicial. Reforça esse entendimento o fato de a Constituição estabelecer um mínimo de direitos processuais fundamentais, que por sua força normativa devem se impor sobre regras infraconstitucionais, como são aquelas reguladoras do processo. A reforçar tudo isso estão as inovações legislativas, que deverão promover senão um ambiente de mudança, ao menos um incentivo ao pensamento instrumental.

A despeito de tudo o que se disse e se concluiu, nada será possível se essa postura instrumental não for querida pelo próprio operador do processo, assim compreendidos o juiz, o advogado, o jurisdicionado. Nenhum procedimento previsto pelo legislador será bom o suficiente para implementar efetividade à prestação jurisdicional, se assim não quiserem os que atuam no processo. Enquanto o processo for visto como uma arena ou como um tabuleiro de jogo, a prestação jurisdicional tenderá a contemplar o que tem astúcia, o que tem força, e não o que tem direito.

*E esta pode ser considerada a oitava e mais importante conclusão: nada muda se não houver um mínimo de vontade de mudança.*

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1943.

ANDRADE, Érico. As Novas Perspectivas do Gerenciamento e da “Contratualização” do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n.193, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**: Série Filosofar. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, v. I.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil**: Processo Cautelar (tutela de urgência). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 3.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito.** Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito**

Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em: 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 166/2010. Senado Federal. Dispõe sobre o novo Código de Processo civil. Disponível em <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 8.046/2010. Câmara dos Deputados Federais. Dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Disponível em <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, AgRg no AREsp 200545 / RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial, EDcl no AREsp 304741 / MG. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0114.11.001378-5/001. Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 31 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ação Rescisória Proc. n. 521495-9. Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 01 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0046713-82.2013.8.26.0000. Rel. Des. Cristina Cotrofe. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 0002998-03.1999.8.26.0510. Relatora Des. Berenice Marcondes Cesar. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 27 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de Jurisprudência n. 434. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 07 set. 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería 'El Foro', 1996, v I.

\_\_\_\_\_. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e Julgamento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Competência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradución de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería 'El Foro', 1997, v. I.

CARNEUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil: Introdução e Função do Processo Civil**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. I.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Direito Processual Civil: Da Estrutura do Processo**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. III.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Editora LEJUS, 1999.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (Org.). **Estudos Aprofundados – magistratura do trabalho**. Salvador: Edições JusPodvum, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v.1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição**. 1. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul Processo Civile: Il processo ordinario di cognizione**. 5. ed. Bolgna: Il Mulino, 2011, v. I.

CONDE, Enrique Álvares. **Curso de Derecho Constitucional**: El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades. 6. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2009, v. 1.

CORTÊS, António Ulisses. **Jurisprudência dos Princípios**: Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

COUTURE, Eduardo J.. **Estudios de Derecho Procesal Civil**: La Constitución y el Proceso Civil. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, t. I.

\_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Procesal Civil**: El Juez, las partes y el proceso. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, t. III.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, J. S. Fagundes. O Princípio da oralidade deve se subsumir ao processo eletrônico. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Discurso Constitucional**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: Editora Podvum, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 198, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, t. I.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**: Fundamentos e Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**: Processo em Geral. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**: Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil: Execução Forçada.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo.** 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico a cura di Ermanno Vitale.** 3. ed. Bari: Editori Laterza, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 185, 2010.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia.** Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 02.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (die normative Kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da Razoável Duração do Processo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. (Org.) **Princípios Processuais Cíveis na Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2008.

LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: BRITO, Rita (Coord.). **Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LÉVY, Pierre. **Tecnologias intelectuais e modos de conhecer: nós somos o texto**. Disponível em <<http://caosmose.net/pierrelevy/nossomos.htm>>. Acesso em: 24 Ago. 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. Araras: Bestbook Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manuale di Diritto Processuale Civile: Principi**. A cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **O Projeto do CPC: Crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. rev. atual. compl. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. I.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. rev. atual. compl. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. II.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. rev. atual. compl. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. IV.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. III.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**: Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed.. Campinas: Millennium Editora, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In:

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

PASSOS, J.J. Calmon. Esboço de uma Teoria das Nulidades. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, 1989.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso**. Disponível em: <www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Nuova Ristampa della quinta edizione con appendici di aggiornamento fino al. d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 e due capitoli sostitutivi. Napoli: Jovene Editore, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. III.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. XII.

\_\_\_\_\_. **Tratado das Ações: Ação, classificação e eficácia**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller Editora, 1998, t. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado das Ações: Ações constitutivas negativas**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller Editora, 1999, t. 4.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sinergia Jurídica: processo e realização do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 215, 2013.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. Lei n. 41, de 26 de junho de 2013. Disponível em <

<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 07 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Decreto-Lei n. 329-A, de 19 de dezembro de 1995, revogado. Disponível em < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/>>. Acesso: 07 set. 2013.

POSNER, Richard A.. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. (Org.) **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: Os Pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, v.1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Teoria

Geral do Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SHIMURA, Sérgio. **Arresto Cautelar**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Paula Costa e. **Legalidade das Formas de Processo e Gestão Processual**. Revista de Informação Legislativa, n. 190. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242924>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. I.

SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MASSINE, Maiara Cristina Lima. O Processo como Instrumento do Estado Democrático de Direito. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 13.

SOUZA, Gelson Amaro de; LAZARI, Rafael José Nadim de. **Ensaio Escolhidos de Processo Civil**. Brasília: Editora Kiron, 2012.

TEIXEIRA, Paulo Duarte. O poder de gestão no processo experimental. In: BRITO, Rita (Coord.). **Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 48. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, v. I.

\_\_\_\_\_. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. III, t. I.

\_\_\_\_\_. **O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo legal: Antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. **Revista Argumenta**, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 06.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseler, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid:Editorial Trotta, 2011.