



PUC-SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

JOSÉ UNDÁRIO ANDRADE

**A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL AO CASO
CONCRETO: reaproximação entre o direito material e o processo**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**SÃO PAULO
2014**



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JOSÉ UNDÁRIO ANDRADE

**A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL AO CASO
CONCRETO: reaproximação entre o direito material e o processo**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Livre-Docente, Cassio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO
2014

JOSÉ UNDÁRIO ANDRADE

**A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL AO CASO CONCRETO:
reaproximação entre o direito material e o processo**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Livre-Docente, Cassio Scarpinella Bueno.

Aprovado em: ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Este trabalho tem como objeto o estudo do poder do juiz cível de adequar o procedimento previsto em lei ao caso concreto. Se de um lado o legislador tem o dever de criar os procedimentos necessários à tutela do direito material abstratamente previsto, entendemos parecer necessário que seja também conferido ao magistrado, excepcionalmente e com alguns contornos definidos no plano teórico, um poder correlato para que ele possa realizar concretamente essa mesma atividade.

Entendemos que essa possibilidade é decorrência do próprio sistema jurídico-constitucional brasileiro, que além de permitir o controle difuso da constitucionalidade das leis, inclusive, sob as regras de procedimento; expressa a necessidade de que para o alcance dos ditames constitucionais de uma tutela jurisdicional tempestiva e, sobretudo efetiva, tenha também ela de ser adequada para melhor resolver as questões fáticas que são postas ao Poder Judiciário.

Foi essa tentativa de reaproximação entre o direito material o processo, passando pelo estudo das tutelas diferenciadas, bem como de princípios como o da instrumentalidade e da fungibilidade, que nos moveu a tentar estabelecer critérios para que essa adequação seja alcançada pelo juiz em sua atividade, desde que preservados os princípios e parâmetros constitucionais. É o que pretendemos identificar e propor.

Palavras-chave: Princípio da adequação – caso concreto – tutela jurisdicional – direito material – direito processual civil – reaproximação.

ABSTRACT

The present study has as its object the study of the power of the civil court and judges to tailor the procedure provided by law to the case. If one side of the legislator's duty to create the necessary procedures for protection of the right materials provided abstractly, it seems necessary to understand that it is also given to the magistrate, and some uniquely contoured on a theoretical level, a related power so that it can perform precisely the same activity.

We believe that this possibility is due to the Brazilian legal and constitutional system, which besides allowing the general control of the constitutionality of laws, including under the rules of procedure; expressed the need to reach the constitutional dictates of a timely judicial review and above all effective, it also has to be better suited to resolve the factual issues that are brought to the Judiciary.

Was this attempted rapprochement between the substantive and procedural law, through the study of differentiated guardianships, as well as the principles of instrumentality and fungibility, which moved us to try to establish criteria for this adequacy is reached by the judge in his activity, preserved since the constitutional principles and parameters. That's what we intend to identify and propose.

Keywords: Principle of adequacy – case – judicial protection – substantive law – procedural law – rapprochement.

AGRADECIMENTOS

1. A Deus, que concede a todos sem distinção a graça da sabedoria.
2. A meus pais, pelo estímulo permanente aos meus projetos intelectuais e pela sólida formação moral que me proporcionaram.
3. Aos meus irmãos e amigos, que sempre acompanharam todas as etapas da minha evolução na incansável luta pelo conhecimento, e por saberem que sempre defendi que a educação, em todos os níveis, é o único caminho para a construção de uma sociedade mais justa e civilizada.
4. Ao meu orientador, Professor Cassio Scarpinella Bueno, por ter me sensibilizado a vários temas debatidos neste trabalho, a partir de suas aulas na disciplina “Instituições do direito processual civil”, ministrado no Curso de Mestrado da PUC/SP. Exemplo de retidão como pessoa. Exemplo de dedicação ao ensino e ao estudo do Direito.
5. A todos os meus professores de Direito Processual Civil, em especial à Professora Marília Fragoso, responsável pelo meu apreço inicial com este tão instigante ramo da Ciência do Direito, ainda nos tempos da Faculdade de Direito do Recife.
6. Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, por acreditar no meu projeto e conceder a respectiva licença das atividades judicantes, para que a realização deste sonho fosse possível.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
PARTE I: Direito Constitucional Processual.....	11
1. Breve evolução conceitual do direito à jurisdição.....	11
2. Processo e Constituição.....	23
3. O modelo constitucional do processo civil.....	25
4. Hierarquia dos princípios constitucionais.....	28
5. O princípio do devido processo legal: aspectos substancial e processual.....	30
6. A garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada.....	35
PARTE II: Reaproximação entre o direito material e o processo.....	38
1. O direito material em face do processo.....	38
2. Direitos, pretensões e ações de direito material.....	40
3. Tipicidade da tutela jurisdicional e ações de direito material.....	43
4. A relação processual e o plano do direito material.....	45
5. A tutela jurisdicional diferenciada.....	47
PARTE III: A fungibilidade como meio de adequação do direito material ao processo.....	51
1. A forma dos atos processuais.....	51
2. Forma X Formalismo.....	54
3. A instrumentalidade das formas.....	56

4. O princípio da fungibilidade: conceito e alcance.....	57
5. Fungibilidade e o devido processo legal: compatibilidade?.....	61
PARTE IV: A adequação do procedimento judicial.....	64
1. O princípio da adequação.....	64
2. A doutrina brasileira sobre a adequação do procedimento pelo juiz...69	
3. A flexibilização procedimental.....	73
4. A questão do respeito aos princípios constitucionais.....	77
5. A adequação procedimental é meio de reaproximação entre o direito material e o processo?.....	79
PARTE V: Os projetos de Novo CPC e a adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
BIBLIOGRAFIA.....	94

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A rigidez do procedimento civil brasileiro sempre foi objeto de nossas inquietações. De fato, nosso sistema processual permite ao juiz brasileiro que decida livremente com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal, sob a pretensão formulada. Contudo, não permite que ele, com base nesses mesmos elementos, no direito material, ou mesmo na autorização das partes, faça a opção pela prática de tal ou qual ato processual, ou seja, que o magistrado possa escolher o melhor *iter* para a condução e solução do processo sob sua regência.

A propósito, como bem enuncia Cassio Scarpinella Bueno, o direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve, atende e volta-se* para a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil *realiza* o direito material, e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nessa perspectiva, o direito processual desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material.¹

Foi a partir dessa premissa que nos interessamos para trabalhar o tema proposto. Se defendemos que a finalidade do *direito processual* é exatamente realizar o *direito material*, entendemos que depois de superados os temores de alguma eventual ameaça à onda “autonomista” do direito processual civil, sentimos a necessidade de que a doutrina possa se ocupar, sem maiores ressalvas, do fato de que a tutela jurisdicional *pode e deve* ser adequada ao caso concreto.

Percebe-se que, depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo processo.

¹SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

Trata-se sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer ao titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o *processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz*, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência².

Tratando-se de ciência destinada à sistematização dos princípios e fundamentos de um instrumento, não é possível concebê-la sem a perfeita identificação dos problemas existentes na sua área de atuação. O processualismo, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao direito material, constitui um mal, pois desconsidera o objeto na construção do instrumento.³

Com efeito, encerrada a fase puramente científica e técnica da ciência processual no Brasil, iniciou-se o que autorizada doutrina identifica como visão *instrumentalista* do processo. É a conscientização de que a importância do mecanismo estatal de solução de controvérsias está diretamente relacionada aos resultados por ele produzidos.⁴

Sem dúvida, somente promovendo na doutrina esse debate sobre a necessária aproximação entre o direito processual e o direito material, é que poderemos construir as bases científicas da adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto e, com isto, dar sustento à conclusão de que, um pensamento contemporâneo do processo civil passa por esse eixo de investigação.⁵

²BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 21.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 25.

⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, *passim*.

⁵ A propósito, cf. José Rogério Cruz e Tucci, "A denominada situação substancial". V. também a lúcida afirmação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "A necessária processualização por que deve

Nesse contexto, além do estudo do chamado “modelo constitucional do processo civil” e dos princípios que o orientam, entendemos necessário que o presente trabalho analise também a relação processual e o plano do direito material, a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, as técnicas de sumarização, o alcance o princípio da fungibilidade, dentre outras questões correlatas ao tema.

Sem embargo, o método instrumentalista iniciou o retorno. A relativização do binômio representa o momento culminante, pois revela que o nexo de instrumentalidade é mais intenso do que se supunha. Pretende-se continuar nesse caminho de volta, para que assim se possa resgatar a real função do direito processual no mundo do Direito.⁶

É esta a perspectiva do presente trabalho que, pois muito embora, é fácil vislumbrar que já há grande consenso no plano teórico no que diz respeito ao assunto da adequação, lamentavelmente, no campo de *praxis* dos nossos tribunais, muito ainda há a ser construído. É neste sentido que pretendemos contribuir de alguma forma ao debate sobre o assunto.

passar o reconhecimento e a realização do direito material não impede, contudo, o processo de guardar íntima relação com o direito material. A mais evidente prova disso é a natureza instrumental do direito processual, chamado a intervir ao se verificar alguma crise no plano do direito material, inclusive em caráter preventivo e até abstrato. E assim é porque uma das suas finalidades precípua (além da pacificação) consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça no caso concreto” (Direito material, processo e tutela jurisdicional”, p. 307).

⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 34.

PARTE I: Direito Constitucional Processual

1. Breve evolução conceitual do direito à jurisdição

O direito processual, enquanto disciplina, praticamente nasceu em torno do conceito de ação e ainda hoje a doutrina se debruça sobre a investigação de sua verdadeira natureza. A sua problematização nos tempos atuais já saiu do âmbito da ciência processual e ingressou nos domínios do direito constitucional.

Antes, contudo, de adentrarmos no estudo do processo civil sob a perspectiva constitucional, faz-se necessário trazeremos uma breve consideração acerca da evolução conceitual do direito à jurisdição.⁷

É bem sabido que, no direito romano, o conceito de “ação” sofreu variações ao longo dos três períodos em que se divide o processo civil em Roma. No primeiro momento, a que correspondia o sistema de ações da lei (*legis actiones*), a *actio* exprimia o conjunto de formalidades e solenidades que deveriam ser cumpridas pelas partes perante o magistrado, independente do direito que se estava a reclamar.⁸

Neste sistema das *legis actiones*, predominava o caráter solene do procedimento, que se desenvolvia, praticamente, sob a forma de um ritual. As partes formulavam declarações, acompanhadas de gestos indicados pelos pontífices, que

⁷ Aqui abordaremos a evolução e transformação do conceito do direito à jurisdição, por vezes chamado “ação”, ou “direito de ação”. Contudo, como neste momento passaremos a reproduzir concepções doutrinárias, preferimos nos mantermos fiel a essa terminologia, embora com ela não estejamos de acordo.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verbetes “ação”*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 171.

deveriam ser repetidos diante do magistrado⁹. Aqui as palavras utilizadas pelos litigantes deveriam corresponder exatamente aos termos prescritos (*verba certa*). Qualquer inobservância das solenidades, por mais insignificante, resultaria na perda do litígio. Eram cinco as ações da lei: *per sacramentum*, *per condicionem*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per manus iniectioem*, *per pignoris captio*.

Com o surgimento do processo formular, no segundo momento (*per formula*) e o quase abandono do sistema de *legis actiones*, “La acción era la fórmula que el magistrado acordaba”¹⁰. O magistrado redigia e entregava a fórmula aos litigantes, segundo a ação que se pretendesse instaurar, para posterior julgamento perante o juiz. A cada direito violado correspondia uma fórmula, vale dizer, havia tantas ações quantos fossem os direitos subjetivos, ambos numerados e definidos na fórmula (e.g. ao domínio, correspondia à ação reivindicatória).

Assim sendo, a fórmula se constituía na instrução escrita, redigida pelo magistrado romano, na primeira fase da instância (*in iure*), com a indicação da questão a ser solucionada pelo juiz da segunda fase (*in iudicio*), para eventual condenação ou absolvição do réu na sentença.¹¹ Aqui, ao contrário do que ocorria no sistema das *legis actiones*, prescindia-se de muitas solenidades: os litigantes, independentemente de rituais rígidos, compareciam elaborando suas alegações, sem a necessidade da *verba certa*, perante o magistrado, que as redigia na fórmula.

Já no terceiro período do desenvolvimento do processo civil romano, no século III d.C., surgia o processo da *cognitio extra ordinem*, que implicou o abandono do sistema formular. Neste momento, verificava-se a fusão do procedimento em uma única instância, o que, por conseguinte, acarretou a extinção

⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 142.

¹⁰ BACRE, Aldo. *Teoria general del proceso*. V. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 263.

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 263.

da fórmula, porquanto um mesmo magistrado conhecia diretamente da demanda e proferia a sentença.

Esta última etapa na evolução do processo romano finda com a adoção do *Corpus Juris Civilis* (528-534 d.C.), do imperador Justiniano, que, por sua vez, tornara conhecida a célebre definição de ação, elaborada séculos antes, pelo jurisconsulto Celso: “*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debetur, in iudicio persequendi*” (ação nada mais é do que o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe é devido).

A *actio*, agora, deixaria de ser autônoma, como ocorria no processo formular, passando a ser um elemento do direito, pois já não era mais necessária a proposição da fórmula: o exercício da ação, neste período, não mais estaria sujeito à autorização do magistrado.¹²

Já para a concepção denominada “civilista”, que sofreu forte influência do direito romano, a ação decorria do próprio direito subjetivo material. O fundamento dessa teoria estava na velha definição do jurisconsulto romano Celso, acima referida.

J. H. Corrêa Telles a definia como “um remédio de direito para pedir ao juiz obrigue outro a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação perfeita”.¹³ Embora para ele a ação não fosse o próprio direito, mas um remédio legítimo para aquele que visse seu direito violado, incluem-se esse autor entre os “civilistas”, pois, segundo sua concepção, a ação derivaria do direito subjetivo. A sua finalidade seria justamente por a salvo o direito ameaçado ou violado. João Monteiro fornece uma idéia nítida de tal concepção: “Todo direito violado ou meramente ameaçado

¹² BACRE, Aldo. *Teoria general del proceso*, I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 263.

¹³ TELLES, José Homem Corrêa. *Doctrina das Acções*, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918, p. 23.

manifesta uma força reativa própria, capaz de pô-lo em estado de defesa (...). Ação (*actio juris*) é a reação que a força do direito oppõe à ação contrária (*violatio juris*) de terceiro; é um remédio.”¹⁴

Os juristas integrantes da concepção civilística de um modo geral, inclusive os seguidores¹⁵ do próprio Corrêa Telles, costumavam fazer referência aos quatro sentidos que o vocábulo encerrava: subjetivo, objetivo, formal e material.

No sentido subjetivo, a ação era a virtude de cada direito se afirmar por meio da força social; objetivamente, era tida como um remédio conferido pelo direito para manter a integridade de uma relação jurídica, quando contestada ou ameaçada¹⁶; na acepção formal, correspondem ao modo como as partes se comportam (agem) perante o juiz; no sentido material se confunde com o litígio acerca de uma relação jurídica.¹⁷

Em suma, o traço característico dessa concepção reside no fato de a ação se prender, indissolúvelmente, ao direito subjetivo a ponto de dele ser dependente. Disso resultam três conseqüências: a) não há direito sem ação, pois, sem ela, aquele pereceria; b) não há ação sem direito, por aquela ser apenas elemento deste; e c) a ação participa da natureza do direito.

Todavia, a teoria civilística, muito presente nas obras dos processualistas do final do século XIX, hoje se acha praticamente abandonada pelos autores contemporâneos, sendo quase unânime o entendimento de já estar superada em face da concepção do Direito Processual como disciplina jurídica autônoma.

¹⁴ MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. V. I, São Paulo: Duprat &Comp., 1912, p.89.

¹⁵ ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 99.

¹⁶MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. V. I, São Paulo: Duprat &Comp., 1912, p.12.

¹⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Theoria e pratica das ações*. V. I. São Paulo: Saraiva & Comp., 1923, p. 15.

Ada Pellegrini Grinover, a esse respeito, sentencia:“ A teoria civilística não pode ser aceita. A natureza do direito de ação é inteiramente diversa da natureza do direito subjetivo material.”¹⁸

Com efeito, os críticos em geral, consideram a concepção civilística hoje superada, pois o “direito de ação” haveria sido posto indevidamente no plano do direito material. Todavia, quem “materializara” o conceito de ação foram os autores contemporâneos, ao não se aperceberem do fato de que aquela ação “civilista” nada tem com o moderno “direito de ação”, por dizer respeito, precisamente, à ação de direito material.

Importante mencionar que, entre os anos de 1856 e 1857, os juristas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther travaram uma famosa polêmica sobre a natureza da *actio* romana e da ação moderna (*Klage*), que legou à posteridade uma valiosa contribuição para a formação do Direito Processual como disciplina jurídica autônoma, totalmente desvinculada do Direito Material. Não restam dúvidas que, a discussão sobre o conceito de *ação*, praticamente por eles inaugurada, ainda hoje, enseja controvérsias doutrinárias.

Windscheid partia da premissa segundo a qual a *actio* romana teria natureza diversa da ação moderna, da forma como vinha sendo definida na Alemanha, sobretudo por Savigny. O conceito moderno de ação (*Klage*) corresponde ao de direito à tutela judicial, em decorrência da lesão a um direito subjetivo. Em Roma, porém, não se verificaria o mesmo, pois o direito romano não era um ordenamento de direitos (subjetivos). O que mais importava, para os romanos, era a palavra final do magistrado. Assim, a *actio* seria a faculdade de fazer valer a própria vontade

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verbete “ação”*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 176.

judicialmente.¹⁹

Percebe-se, portanto, que a conclusão de Windscheid de não haver identidade entre *actio* e *Klage*, estava calcada em uma premissa fundamental: a posição particular de que gozava o magistrado em Roma, pois para os romanos o mais importante não era o que dizia o direito, mas aquilo que resultava da decisão do magistrado.

Registre-se que, no ano de 1857, Muther publicou seu livro (*Zur Lehre Von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singular-succeSSION in Obligationem*), destinado principalmente a apontar os eventuais equívocos da formulação de Windscheid, visando, igualmente, a demonstrar a efetiva correspondência entre a *actio* romana e a ação moderna (*Klage*).

Assim sendo, ao refutar o pensamento de Windscheid – segundo o qual o sistema jurídico romano se constituía em um ordenamento de pretensões susceptíveis de perseguição judicial, Muther, ao contrário, defendia haver verdadeiramente, em Roma, um ordenamento de direitos, mas apenas os direitos subjetivos poderiam ser perseguidos em juízo. Ele fazia a distinção entre duas pretensões distintas: uma, de direito privado, cujo sujeito passivo seria o adversário; outra, de direito público, cujo obrigado seria o pretor, como representante da justiça do Estado.²⁰

Não obstante a discrepância entre os dois autores alemães, deve-se destacar que, em um ponto, não há dissensão: a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo. Para Windscheid, a *actio* seria “original”, inconfundível com o direito subjetivo; para Muther, embora sua existência estivesse condicionada à

¹⁹ WINDSCHEID, Bernard. *L'Actio del Diritto Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in *Polemica in torno all'actio*. Trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 06-08.

²⁰ MUTHER, Teodor. *Sulla Dottina dell'Actio Romana, Del Odierno Diritto di Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*, in *Polemica in torno all'actio*. Trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 233.

existência de um direito lesado, a *actio* se constituía em um outro direito, dirigido contra o pretor, nada tendo de acessório em relação ao direito subjetivo. A ação, ou o direito de acionar passaria a ser tratado, doutrinariamente, como categoria autônoma.

Muito embora as bases a formulação da teoria concreta da ação já estivessem bem presentes em Muther, foi Adolf Wach quem inaugurara essa concepção, cujo cerne, em linhas gerais, reside na premissa segundo a qual a ação corresponde ao direito de se obter uma resolução judicial favorável. Para Wach, a categoria convencionalmente denominada de ação, ou “direito de ação”, deveria chamar-se “pretensão à tutela jurídica”²¹, conceito por ele introduzido na doutrina processual, que corresponde ao direito de se exigir do Estado a tutela judicial, a qual somente é entregue quando favorável a alguma das partes. Assim sendo, embora desligada do direito subjetivo, ela se exerce frente ao Estado para que se satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica. Portanto, embora possua natureza pública, ela se dirige não apenas contra o Estado, mas também contra o adversário, que a despeito de não poder “prestar” a tutela jurídica, deverá sofrer suas consequências.²²

Outro partidário da concepção concreta foi Giuseppe Chiovenda, para quem a ação seria o direito de se obter a realização da vontade concreta da lei através do processo, em virtude de sua não realização por ato do obrigado²³. Noutra palavras: não cumprida a vontade concreta da lei voluntariamente pelo obrigado, surgiria para o autor a possibilidade de obtê-la processualmente.

²¹Denominada em alemão “rechtsschutzanspruch”, havendo que traduza o termo por “pretensão de proteção do direito” (Cf. WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 59).

²² WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 59.

²³CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. V. I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 20.

Declarando-se seguidor de Wach, ele desenvolve a concepção daquele, inserindo a ação na classe dos direitos potestativos, pois ela se esgotaria com o respectivo exercício, nada podendo fazer o obrigado para impedi-la. Muito embora afirme que não deva ser confundida com o direito subjetivo material da parte, ele não hesita em afirmar ser a ação o direito do autor de obter para si “uma resolución favorable.”²⁴

Como sabido, tem sido alvo de críticas a concepção concreta da ação. De fato, alguns fenômenos não obtêm, através dela, explicações satisfatórias, como ocorre, por exemplo, com a sentença de improcedência, ou mesmo, da sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito.

Uma vez firmada a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo, reconhecendo-se, igualmente, a insuficiência da concepção concreta da ação, que deixava sem explicação convincente uma série de fenômenos jurídicos, surge, em sua contraposição, primeiramente na Alemanha com Degenkolb e, quase ao mesmo tempo, com Plosz, na Hungria, a denominada “teoria abstrata da ação”.

A idéia fundamental da concepção abstrata, que também reafirma a autonomia do conceito de ação, reside no caráter público do “direito de ação”, assim como na sua independência em relação ao direito subjetivo, repudiando a formulação dos “concretistas”, para os quais a ação deveria ser considerada como um direito à obtenção de uma resolução judicial favorável. Na Itália, a concepção abstrata da ação tem vários adeptos, entre os quais se citam Rocco, Liebman e Carnelutti.

Para Carnelutti, *actio* e *ius* seriam conceitos completamente distintos. O direito subjetivo material teria por sujeito passivo o outro litigante e por conteúdo a

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. V. I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 70.

prevalência do interesse na lide; a ação, a despeito de também ser um direito subjetivo, mas de natureza processual, contrariamente, teria por sujeito passivo o juiz e por conteúdo a prevalência do interesse na composição da lide. O juiz, ou o encarregado do processo, teria a obrigação de desdobrar sua atividade a fim de se efetuar a composição da lide, para cuja atuação a lei remete à iniciativa da parte. Reciprocamente a tal obrigação do órgão judiciário, seria conferido aos cidadãos o direito subjetivo processual chamado de ação. Daí Carnelutti incluí-lo entre os chamados “direitos cívicos.”²⁵

Outro jurista italiano que desenvolveu teoria própria sobre a natureza jurídica do “direito de ação”, deixando, inclusive, como sabido, vários adeptos na doutrina brasileira, foi Enrico Tullio Liebman.

Liebman inicialmente discorda de Carnelutti quanto à existência de uma obrigação por parte do Estado à prestação jurisdicional, porquanto o exercício estatal da jurisdição seria função soberana, realizada para satisfazer o interesse público de realização do direito objetivo.²⁶

Para Liebman, a ação seria um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, mediante o atendimento de certas condições, à obtenção de um julgamento sobre o mérito da demanda.²⁷ O resultado tanto poderia ser favorável, quanto desfavorável; não importa se o autor tem ou não o direito material alegado, pois ter a ação significaria possuir direito a um provimento de mérito. Portanto, para Liebman, a ação não pressupunha a existência do direito subjetivo material; as partes teriam o denominado “poder subjetivo processual”, equivalente ao poder de promover o processo, com o oferecimento da petição inicial. Se o pedido viesse a possuir os

²⁵CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. V. I. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 366-368.

²⁶LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Araras: Bestbook, p. 130.

²⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 150-151.

requisitos suficientes para, além de formar a relação jurídica processual, provocar o exercício da jurisdição, tal poder subjetivo seria chamado de “ação”.²⁸ Daí decorre o seu entendimento de que, o “direito de ação”, embora autônomo e abstrato, estaria subordinado à presença das chamadas *condições da ação*, as quais seriam: a) interesse de agir; b) legitimidade para a causa; e c) possibilidade jurídica do pedido.²⁹

Assim sendo, caso ficasse constatada a falta de qualquer delas, o juiz deveria extinguir o processo sem julgar-lhe o mérito, reputando o autor carecedor do direito de ação³⁰. Daí, portanto, decorre a distinção entre carência e improcedência da ação; ou seja, quando ocorre a primeira, o autor não possui sequer o “direito de ação” e o exame do juiz é preliminar ao exame do mérito; na segunda, o autor possui a ação, mas não possui o direito subjetivo material alegado em juízo.

Contudo, nos dias atuais há acirradas críticas sobre a existência das chamadas condições da ação e até mesmo de sua utilidade. A esse respeito defende-se a chamada “teoria da asserção”, também denominada de “teoria da afirmação” ou, ainda, de “teoria da afirmação”.

Para melhor compreensão da teoria da asserção faz-se necessário a compreensão acerca da expressão *in statuassertionis*, que identifica o modo como devem ser aferidas as condições da ação.

Para Rodrigo Klipel, *in statuassertionis* é uma expressão latina que quer dizer “na forma ou no estado das afirmações”, ou seja, de acordo com o que foi afirmado. Assim sendo, a análise das condições da ação deve se dar de acordo com

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Araras: Bestbook, 2001, p. 131.

²⁹ Liebman reformulou seu pensamento excluindo das condições a possibilidade jurídica do pedido, após a aprovação da Lei do Divórcio na Itália, já que o divórcio era o exemplo encontrado pelo jurista para justificar a existência da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 154.

o que foi afirmado pelo autor na petição inicial, bem como com base nas provas documentais que ele anexou à peça exordial.³¹

Se o ponto de contato entre a ação e o direito material são justamente as condições da ação, para Liebman³² são elas “um filtro para evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios”.

Portanto, partindo-se da premissa de que as condições da ação e o mérito são duas categorias processuais distintas, de naturezas e regimes diversos e que possuem um relacionamento particular com o direito material, é bastante razoável pensar que a diferença de relacionamento das condições da ação e do mérito com o direito material seja uma menor profundidade de sua análise para a configuração das primeiras (condições da ação) e uma maior profundidade para a resolução do segundo (mérito).

Assim sendo, para os chamados “assertistas”, a teoria da asserção transmite uma ideia muito clara de método de análise das condições da ação. Para eles, o julgador, para decidir pela carência, está obrigado a chegar a essa conclusão somente pela análise das alegações e das provas que estão contidas na petição inicial ou anexadas a ela pelo autor. Porém, se somente for possível ao julgador verificar que a demanda ajuizada pelo autor não tem pertinência a quem foi indicado como réu, por exemplo, devido a uma informação trazida aos autos a partir da contestação, estar-se-ia decidindo o mérito, segundo as premissas teóricas da teoria da asserção.

Em suma, tem-se que: “aplicar a teoria da asserção, para distinguir carência

³¹ KLIPEL, Rodrigo. Teoria geral do processo civil. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 237.

³² LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 129.

de ação de mérito, significa fechar os olhos para qualquer informação ou dado que não esteja, desde logo, na inicial ou anexo a ela. Se a inviabilidade o que o autor pede for uma conclusão a que você chegar somente porque o réu um dado novo que ainda não estava nos autos, já se tem juízo meritório”.³³

Existem ainda outras formulações, variantes da concepção abstrata, como a de Eduardo Couture³⁴, por exemplo, que defende a ação como um poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal; um verdadeiro direito à jurisdição, incondicionado, genérico, pois atribuído a todos os cidadãos, e teria a mesma natureza jurídica do direito de petição. Assim, sustenta o autor uruguaio que, em face do princípio da separação dos poderes, consagrado em quase todas as Constituições atuais, o direito de petição pode ser dirigido a cada um dos poderes estatais.

Portanto, nos tempos atuais, podemos dizer que a concepção predominante, mesmo não sendo definitiva, corresponde à teoria abstrata da ação. No Brasil, particularmente, a maioria dos autores a ela se filia, embora com algumas divergências, o que faz surgir vertentes dessa concepção. Contudo, em um ponto, os defensores da teoria abstrata concordam: o chamado “direito de ação”, além de autônomo, apresenta-se totalmente independente da existência de um direito subjetivo no plano do direito material.

³³KLIPPEL. Rodrigo. Teoria geral do processo civil. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 241.

³⁴ COUTURE. J. Eduardo. Introdução do estudo do processo civil. Trad. Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro: José Karfino Editor, 1951, p. 29.

2. Processo e Constituição

Como sabido, o constitucionalismo moderno surgiu no início do século XVIII, contemporâneo ao advento do Estado liberal. Foi ele um dos principais trunfos da burguesia no acerto de contas com a monarquia absoluta. De fato, naquela fase do desenvolvimento capitalista, o velho regime se tornara um empecilho ao casamento final – e, até aqui, indissolúvel – entre o poder econômico e o poder político, vale dizer, à conquista do Estado pela burguesia.³⁵

É certo que toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.³⁶

Com efeito, a superlegalidade *formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade *material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.³⁷

É certo que a inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de “controle de constitucionalidade”.

³⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “Por um ensino crítico do direito constitucional”, in *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 138.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

³⁷ V. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979, p. 310; bem como J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 141-142 e 972-973.

De fato, não há como se interpretar o direito, qualquer que seja ele, sem o filtro da Constituição. Ela passou a ser o ponto de partida para qualquer reflexão sobre o Direito. E com o direito processual civil não foi diferente.

Com acerto, o processo civil constitucionalizou-se. Em decorrência, os institutos do processo civil como jurisdição, ação e processo têm sido permanentemente revisitados. Além destes, a própria “defesa”, mais recentemente é considerada como um tema fundamental do direito processual civil.³⁸

Portanto, se as normas constitucionais, em regra, produzem efeitos jurídicos imediatos e condicionam as regras infraconstitucionais, os princípios fundamentais e constitucionais do processo civil possuem aplicação imediata, independentemente de regulamentação, conforme estipula o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.³⁹

Cassio Scarpinella Bueno acentua, com bastante acerto, que a “constitucionalização” do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a “filtragem constitucional” de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e que o “processo”, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: *no e pelo* processo. É por esta razão, destaca aquele doutrinador, que o “Código de Processo Civil” da atualidade não é – nem pode mais pretender ser – “Código”, no mesmo sentido ideológico ou político daquele que era em 1973.⁴⁰

³⁸ É o que defendem, dentre outros, os seguintes autores: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 511-523; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 305-386.

³⁹ CF, 1998 – Art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁴⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4ª ed., São Paulo:

Portanto, já de algum tempo, é inaceitável operar as normas infraconstitucionais de índole processual, sem se fazer a necessária filtragem a partir do texto constitucional, pois o direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e, de outro, a própria jurisdição constitucional. Não restando possível, pois, a apreciação de qualquer tema ou instituto ligado ao processo civil, sem que se faça a sua ligação ou referência direta ao “norte” estabelecido pelo legislador constituinte.

3. O modelo constitucional do processo civil

Visto que o processo deve ser lido e aplicado à luz da Constituição Federal, ele constitui, sem sombra de dúvida, um método de manifestação do Estado Democrático de Direito e que, por isto mesmo, ao solucionar os conflitos que são levados ao Estado-juiz, viabiliza o atingimento de dupla finalidade: 1) a satisfação dos litigantes mediante o reconhecimento e a atuação do direito controvertido; 2) o atingimento dos objetivos do Estado, prestacionista por definição, com a realização dos valores e ideologias que caracterizam e justificam a sua própria razão de ser.⁴¹

De fato, o direito processual, como ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, claro, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontra na própria Constituição Federal.

Saraiva, 2009, p. 103.

⁴¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

Com efeito, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito.

Dúvidas não há, portanto, que todos os ramos do direito vinculam-se à Constituição Federal, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro. E, com o direito processual não poderia ser diferente.

Nelson Nery Junior adverte que a alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Para ele, quando se fala entre nós, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, a ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte.⁴²

De fato, não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual que não seja à luz das premissas e princípios consagrados na Constituição Federal. A relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo. Tal relação jurídica processual pode servir a qualquer estado e a qualquer fim. Daí a sua evidente inadequação quando se pretende explicar o processo diante do Estado constitucional e dos direitos fundamentais.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni que “o processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a*

⁴² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

*legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais.”*⁴³

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 deu um grande salto à tendência do estudo do processo à luz dos direitos fundamentais. Ela além de incluir expressamente um rol de direitos e garantias fundamentais, apresenta uma série de dispositivos de natureza processual, sem precedente na nossa história constitucional.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. assevera que os princípios constitucionais dever ser encarados como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais e, tendo em vista sua dimensão objetiva, tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais.⁴⁴

Portanto, não há mais espaço para o estudo do processo civil brasileiro, que não seja referenciado, em todos os seus institutos, valores e garantias, na Constituição Federal. É, pois, a carta constitucional que detém o núcleo, os pontos de partida e de chegada de todo o estudo e aplicação das normas processuais, uma vez que é ela que consagra os direitos fundamentais.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 465.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 32-33.

4. Hierarquia dos princípios constitucionais

Nos ensinamentos de Grinover, Dinamarco e Cintra, “O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.”⁴⁵

Para o presente estudo, interessa-nos mais de perto, a tutela constitucional do processo.

Canotilho aponta a existência de um dirigismo constitucional, no sentido de que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretende continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.⁴⁶

Na doutrina processual, é conhecida a distinção que se faz entre princípios informativos e princípios fundamentais do processo.

Os princípios “informativos” são os princípios lógico, jurídico, político e econômico – normais ideais que visam à melhoria do processo em geral. Já os “fundamentais” ou “gerais” seriam “aqueles princípios sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.”⁴⁷

Tais princípios fundamentais é que precisam ser harmonizados para se extrair o verdadeiro conteúdo do que seja o devido processo legal. Não se pode

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 79.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, Prefácio, pp. XXIX-XXX.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 243.

negar que a garantia constitucional da ampla defesa, se for exarcebada, poderá contribuir para a formação de um processo que privilegie a posição do demandado. E do contrário, é igualmente verdadeiro.

Com efeito, às vezes, o devido processo legal, como síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, excepcionalmente seja postecipado para a atuação de medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo.

É bem assim, por exemplo, no caso das medidas liminares, sejam de natureza cautelar ou antecipatória, onde a providência judicial é deferida a uma das partes antes da defesa da outra.

Isso se admite, como explica Humberto Theodoro Júnior⁴⁸, porque “*sem essa atuação imediata da proteção do interesse da parte, a eficácia do processo se anularia e a garantia máxima de acesso à tutela da justiça restaria frustrada*”. (negrito do original).

Merece ressaltar, contudo, que tão logo se cumpra a medida de urgência, haverá de ser propiciada à parte contrária a possibilidade de defender-se e, se no caso for, a reversão da medida liminar concedida. Assim sendo, não se nega o contraditório, mas apenas se postecipa o momento do seu exercício.

Todavia, sem adentrar na tormentosa discussão acerca da hierarquia de princípios, temos que a cláusula do “devido processo legal” detém no sistema normativo um *status* mais elevado, uma vez que ela “gera” e traz em seu bojo diversos princípios, inclusive, os demais dispositivos e regras constitucionais do processo, como veremos a seguir.

⁴⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 27^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28-29.

5. O princípio do devido processo legal: aspectos substancial e processual.

O chamado princípio do devido processo legal, ou do *due process of law*, na oriunda expressão inglesa é tido como postulado constitucional fundamental no processo civil.

Para o Professor Nelson Nery Junior⁴⁹, bastaria apenas que a norma constitucional tivesse adotado o princípio do devido processo legal, para que dele decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.

Assim, tem-se por entendido que a amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica no que diz respeito ao processo civil.⁵⁰

Isso decorre de que, modernamente, associa-se a idéia de devido processo legal à de processo justo.⁵¹

Assim sendo, o devido processo legal, como eixo central do próprio modelo constitucional do processo, coordena e delimita todos os demais princípios processuais que informam tanto o processo quanto o procedimento.

Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios processuais do nosso tempo, no entender do Professor Humberto Theodoro Júnior.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XI, n. 1, garante

⁴⁹NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

⁵⁰NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

⁵¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 27ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 27.

que:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

E, remontando à *Magna Charta Libertatum* de 1215, a Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, de forma expressa.

Como sabido, o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, princípio este também assegurado constitucionalmente, consoante art. 5º., LV, que consagra:

“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”.

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado às partes de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.⁵²

Já o *contraditório*, é a própria exteriorização da ampla defesa, onde se impõe a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido por uma parte caberá igual direito da outra de se opor- ou de lhe dar a versão que

⁵²STF – 1ª.T. – HC nr. 68.929-9/SP – Rel. Min, Celso de Mello – *Diário da Justiça*, 28 de ago. 1992, p. 13.453, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 113.

melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo pela parte adversa.

Nessa perspectiva dialética, tem-se, pois, que processo considera sob o prisma da igualdade, ambas as partes da lide, conferindo iguais poderes e direitos.

Assim, como visto, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório. Nessa linha, o Professor Humberto Theodoro Júnior⁵³ afirma sobre o contraditório que este “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”.

Andrioli⁵⁴, por seu turno, assevera que “embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo”.

Salienta Nelson Nery Junior que “o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, que significa que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.”⁵⁵

Por contraditório deve se entender, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.⁵⁶

⁵³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 27ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.

⁵⁴ANDRIOLI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. v. I, n. 5. p. 21, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*.vol. I, 27ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 27.

⁵⁵NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,p. 128.

⁵⁶É importante a passagem de Sergio La China sobre o conceito de contraditório “...il principio Del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazionitecniche, ildueaspetti o tempo essenziali:

Assim sendo, os litigantes têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requerem para demonstrar a existência de seu direito. Em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Assevera José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁷ que consiste em “dar-se ao réu a oportunidade do mesmo ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade é que tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.”

O contraditório no processo civil manifesta-se nas três formas clássicas de tutelas adotadas pelo nosso ordenamento positivo, quais sejam: o conhecimento, a execução e a cautela.

Destaca-se, ainda, que, casos há, em que não se nega o contraditório, apenas se protelando um pouco o momento do seu exercício. É o exemplo típico das liminares concedidas em casos excepcionais, de verdadeira urgência, como se verifica no processo cautelar e nos casos de antecipação de tutela.

Segundo a doutrina, a cláusula do devido processo legal apresenta duas vertentes: uma substancial e outra processual.

No Brasil, a cláusula do devido processo legal apresenta preponderantemente o enfoque processual. Senão, vejamos alguns exemplos: a) o direito à citação e ao conhecimento do inteiro teor da acusação; b) o direito a um rápido e público julgamento; c) o direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os juízos e tribunais; d)

informazione, reazione; necessario sempre la prima, eventuale seconda (ma necessario chi sai resapossibile!)” (*L'esecuzione forzata e le disposizioni generali Del codice de procedura civile*, Milano, 1970, p. 394). No momento sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. “O princípio do contraditório”, in *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, 1986, n. 48, p. 93; *idem*, *Execução Civil*. 5ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, n. 100, p. 170/171 e nota 10.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 45, p. 131.

direito ao procedimento contraditório, refletido, sobretudo, na vedação à decisão surpresa no processo; e) o direito de não ser processado, julgado ou condenado por alega infração às leis *ex post facto*; f) o direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) o direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) o direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) o direito à assistência judiciária, inclusive gratuita.

Sob a ótica substantiva, Nelson Nery Junior aponta no direito americano, dentre outros, a garantia do direito adquirido, a proibição da retroatividade da lei penal, os princípios tributários da anualidade, da legalidade e incidência única, a proibição do preconceito racial, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.⁵⁸

Alexandre Freitas Câmara afirma que pelo devido processo legal substancial (ou material) deve se assegurar que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis.”⁵⁹

Entendemos que o a cláusula do devido processo legal, por ter *status* constitucional, tem um espectro de atuação tão vasto e imprescindível, em todas as suas vertentes, que se renova e se afirma a partir da constante prática interpretativa em face do caso concreto. Exigindo que os atores e operadores busquem sempre a máxima efetividade do referido princípio.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 37.

6. A garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada

A face processual da cláusula do devido processo legal traz em seu bojo a possibilidade efetiva do acesso à jurisdição. E esse acesso, além de tempestivo e efetivo, deve ser igualmente “adequado”. Donde se extrai que a garantia da tutela jurisdicional adequada e, de certa, forma, preferencialmente, diferenciada.

Grinover, Dinamarco e Cintra, sobre este aspecto afirmam: “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve ser conduzido sob o pálio do contraditório (...), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.”⁶⁰

De um modo mais abrangente, Luigi Paolo Comoglio, afirma que a tutela, constitucionalmente implica:

a) a possibilidade séria e efetiva de obter em juízo a prestação jurisdicional adequada à natureza da situação subjetiva em relação à qual se requer a tutela, de maneira que haja plena satisfação da necessidade de tutela jurisdicional afirmada pela parte;

b) a elasticidade e a diferenciação das formas de tutela, em relação às características variáveis dos direitos ou interesses deduzidos;

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 82.

c) a obtenção do máximo possível de proteção a partir das tutelas jurisdicionais, sejam estas de condenação, declaratórias, constitutivas, típicas ou atípicas, preventivas ou reintegrativas, executivas ou cautelares.⁶¹

A grande preocupação relativa à instrumentalização do direito substancial – inerente ao processo – que se põe é a questão da adequação do processo à natureza da causa por um lado; e, por outro lado, a questão da chamada “flexibilização procedimental”, que será mais adiante tratada.

Contudo, defendemos a assertiva de que existe direito ao processo adequado, na medida em que tem o cidadão o direito à adequada tutela jurisdicional. Por tal razão, incumbe ao processualista, bem como ao legislador e ao magistrado, otimizar a atuação do processo.

Nesse sentido é que Luiz Guilherme Marinoni adverte que o legislador “está obrigado a construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos” e a “prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo no processo”, enquanto cabe ao processualista “extrair do sistema processual as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional.”⁶²

Portanto, além do dever de garantir a possibilidade efetiva do direito à jurisdição, o Estado que se afirmar “democrático de direito”, seja por meio do seu sistema normativo, seja por meio de sua atuação jurisdicional, decidindo os casos concretos que lhe são submetidos, deve proporcionar ao cidadão o exercício pleno da garantia constitucional da “tutela jurisdicional adequada”. Em suma, a garantia

⁶¹ “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. In *Rivista Trimestrale di Diritto Procedural Civile* 12/94, ano XLVIII, n. 4, pp. 1.076-1.077 (tradução nossa).

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 20-21.

constitucional do direito à jurisdição exige, pois, além do preenchimento dos qualificativos de tempestividade e efetividade – tão lembrados nos tempos atuais – o atendimento do qualificativo da “adequação, sob pena de restar malferido o mandamento constitucional.

PARTE II: Reaproximação entre o direito material e o processo

1. O direito material em face do processo

Na atualidade, a doutrina distingue escopos sociais, políticos e jurídicos do processo. O escopo da pacificação (e pacificação com justiça) é apontado como principal (um dos escopos sociais), mas não se descuida da realização do direito objetivo como escopo jurídico.⁶³

Nesse entendimento adverte Arruda Alvim que “(...) *mesmo que modificado o direito material, seria razoavelmente inócuo* que aí existissem bens jurídicos, como tais considerados na pauta do direito posto, se, de outra parte, inexistissem instrumentos processuais eficientes para que esse reconhecimento pudesse ser efetivado na ordem prática”.⁶⁴

Assim tem-se que um instrumento processual eficiente é aquele que, desde que bem utilizado, seja apto a compor suficientemente a necessidade da tutela apresentada.

Dessa forma, por exemplo, é que diante de uma situação que demande ampla instrução probatória e soluções complexas de se resolver, é que o processo de conhecimento, dotado de cognição exauriente e rito procedimental variado, revela-se como o modelo processual adequado.

Mesmo assim, tal rito comporta abreviações, como se dá na hipótese de

⁶³ Também são apontados como escopos sociais a educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos interesses alheios, e como escopos políticos a preservação da liberdade, a participação efetiva nos destinos da Nação e do Estado, a preservação do ordenamento e de sua autoridade (cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, Teoria Geral do Processo, pp. 24-25).

⁶⁴ “Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado da do direito material”, in *As garantias do cidadão na Justiça*, p. 180.

revelia ou mesmo de julgamento antecipado.

Há outras hipóteses, ainda limitadas, de sentenças que comportam execução provisória e, igualmente, de sentenças que contenham desde logo eficácia executiva, dispensando-se processo de execução, como é o caso das pretensões baseadas em direitos reais, as quais não se compadecem com a emissão de sentenças condenatórias.

De outra parte, destaque-se que há os provimentos jurisdicionais sob o regime de urgência, que requerem decisões liminares, que de algum tempo passou a ser inserido no próprio bojo do processo de conhecimento, superando o antigo dogma da estrita separação entre conhecimento e execução em uma mesma relação processual, com a generalização no sistema, da chamada antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

De certo que o princípio do devido processo legal tem a “função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade”⁶⁵ dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso.

A esse respeito, Fredie Didier Jr denomina de *função integrativa* dos princípios. Segundo o doutrinador, desse princípio constitucional extraem-se, então, outros princípios e direitos fundamentais, ainda sem o respectivo texto constitucional expresso, mas que nem por isso menos importantes para a delimitação do modelo constitucional do processo jurisdicional brasileiro.⁶⁶

Assim sendo, o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, à espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, v. 33, nº 163, p. 50-59, set. 2008.

⁶⁶ “Princípio da Adequação Jurisdicional do Processo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, in *Reforma do Processo Civil – Perspectivas Constitucionais*, p. 155.

executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material, nas lições de Luiz Guilherme Marinoni.⁶⁷

Donde se extrai que, sob o aspecto constitucional não é possível falar-se em direito processual que não esteja a serviço do direito material, na tão decantada função instrumental.

2. Direitos, pretensões e ações de direito material

Consoante de vê em Ovídio Baptista, “o direito subjetivo corresponde sem dúvida a uma técnica de que o legislador lança mão como uma forma de tornar efetivo o enunciado contido na norma jurídica.”⁶⁸

Nessa visão, equivaleria a uma autorização dada pelo Estado a alguém para satisfazer suas faculdades ou posições de vantagens, atuando a vontade da norma jurídica.

Assim sendo, quando o “direito subjetivo” ganha o qualificativo de exigibilidade, diz-se que há pretensão. E, quando se exige a realização ou o exercício dessa pretensão, ainda se estará a depender do ato voluntário do obrigado. Se ainda assim não se conseguir realizar a pretensão, aí sim surge a ação de direito material, como “novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão e corresponde (...) à faculdade inerente a todo o direito, que tem seu titular, de agir para sua realização.”⁶⁹

⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 204.

⁶⁸BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*, v. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.74.

⁶⁹BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*, v.I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80.

Esclarece o Professor Ovídio que “a separação entre ‘fato’ e ‘direito’, entre a vida e a norma, que emerge dessa conduta metodológica, exerce importante influência quando buscamos separar os dois campos do fenômeno jurídico, o ‘direito material’, do direito processual.”⁷⁰ Para ele, essa radical separação entre “norma” e “fato” determina a redução do Direito apenas ao mundo normativo, concebendo-o, em consequência, como uma entidade abstrata.

Ainda sobre o tema, informa o Professor Ovídio⁷¹:

“Durante o curso da relação processual, somente a sentença (qualquer que ela seja) lhe seria devida. Na pendência da relação processual, o direito torna-se simples ‘expectativa de direito’ (Goldschmidt). Para Celso referir-se à ação processual, deveria dizer que o autor viera buscar o direito que ‘afirmava’ possuir.”

E conclui afirmando que o que se indica como teoria “civilista” da ação, corresponde, portanto, à “ação de direito material”, ação de quem tem direito. Para ele, a chamada “teoria civilista”, ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da “ação” processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material.⁷²

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira informa que, quando Pontes de Miranda afirma que a ação seja a inflamação do direito ou da pretensão, “logo surgem à

⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Direito material e processo”. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 55.

⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Direito material e processo”. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Direito material e processo”. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

lembrança as idéias de Savigny, que via a ação de direito material como emanção (Ausfluss) do próprio direito material, confundindo-se com a eficácia deste”.⁷³

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “o espanto que pode ser gerado quando se fala que a ação de direito material não foi suprimida com a proibição da autotutela certamente é eliminado quando se percebe que a ação processual e a proibição da autotutela obviamente não suprimiram o direito ao resultado material que o exercício da ação de direito material deveria fazer gerar ao titular de um direito.”⁷⁴

Com efeito, a consequência é que a sentença de procedência leva em conta aquela ação descrita no direito material, e não a ação processual, que somente se vincula ao direito material, no direito brasileiro, pela adoção da teoria eclética desenvolvida por Liebman (condições da ação), onde, então, há vinculação a uma situação hipotética admitida como existente.

É o que bem esclarece Pontes de Miranda, quando afirma que “a abstração é só devida a se não considerar ou exigir a especificidade da pretensão (a declaração, a condenação, a constituição, o mandamento, a execução).”⁷⁵

Contudo, essas categorias também podem ser utilizadas relativamente ao bem da vida tendente à própria efetivação dos direitos. Neste caso, importante ressaltar a perspectiva de Kazuo Watanabe, quando desenvolve a existência de pretensões e ações de direito material à declaração, constituição, mandamento, execução e condenação.⁷⁶

É certo que o processo, a partir de um corte epistemológico, passou ao

⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O problema da eficácia da sentença” [ensaio destinado ao livro em homenagem a Giuseppe Tarzia], in *Revista Florense*, vol. 369, p. 43.

⁷⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 407.

⁷⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XLIII.

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

segundo momento de seu desenvolvimento, na chamada “fase autonomista”, desligada do direito material, direcionou a doutrina ao atendimento dos já incessantes reclamos de adaptação ao direito material, com a criação das denominadas “tutelas diferenciadas”.

É fato que nos últimos tempos, quanto mais se altera o direito material, com o surgimento de posições jurídicas de vantagem, a exemplo da criação dos direitos difusos e coletivos, com a necessidade de amparo às situações de urgência, que se multiplicam ante a rapidez com que se estabelecem as relações jurídicas, mas se há de voltar os olhos às maneiras de se efetivar essa ação de direito material, que é a maneira como se deve realizar o direito material atribuído à parte que o alega em juízo.

Portanto, a redescoberta de ações especiais, existentes em função de uma situação de urgência ou da natureza da demanda, com aparelhamento processual adequado ao direito a que correspondem, parece ser a tendência mais moderna do processo civil, que procura o desenvolvimento de tutelas jurisdicionais diferenciadas. São pois, essas tutelas que requerem mais proteção e realização, do que simples declaração.

3. Tipicidade da tutela jurisdicional e ações de direito material

A “ação de direito material” como conjunto de eficácias e efeitos que devem originar-se de um julgamento de procedência, a partir do exercício do direito de acesso aos tribunais – exercício também denominado de “ação processual”, uma vez plenamente satisfeita, nada mais é do que o “melhor”, como resultado da

experiência processual, a que Cândido Rangel Dinamarco denomina “tutela jurisdicional plena”.

Assim sendo, a ação de direito material seria a hipótese abstrata que se realiza com a sentença de procedência, no próprio processo, ou durante o seu curso (quando há antecipações dos efeitos da tutela, por exemplo). Em decorrência, uma vez satisfeita a ação de direito material, ainda que de forma parcial, já se teria uma tutela jurisdicional. Se a tutela foi plena, ou não, é questão que se liga à sua efetividade, não à sua prestação.

Quando se “enfoca” a “tutela jurisdicional”, na perspectiva da qualidade do resultado obtido, traz-se a vantagem de possibilitar a minimização do que se costuma denominar “dano marginal do processo”.⁷⁷ É que, como se sabe, ainda que plenamente satisfeita a ação de direito material deduzida em juízo, pode haver tutela parcial ou mesmo inefetiva. Em suma, o processo chegou ao seu fim sem que fosse alcançado o resultado buscado pelo postulante.

Nessa perspectiva, o conceito de “ação de direito material” eleva-se como algo que precisa ser realizado imprescindivelmente no bojo da relação processual para que se realize a tutela jurisdicional plena. A ação de direito material seria a hipótese contida no pedido, e a tutela que a ela atende, a concreção a partir do processo.

Mesmo que se tenha resistência ao conceito de ação de direito material, por repúdio ao emprego do termo “ação” no direito material⁷⁸, Luiz Flávio Yarshell, em

⁷⁷ O dano marginal em sentido estrito a que alude Italo Andolina, ou seja, o mal maior – e natural –, estampado, de imediato, a partir da excessiva, tradicional e intolerável demora do processo. O juiz, tanto quanto e na medida do possível, deve atuar – de imediato – para evitar que esse mal maior – o dano marginal decorrente da demora do processo – possa aumentar e se intensificar com o simples decurso do tempo.

⁷⁸ Calmon de Passos, já afirmara em antigo trabalho: “(...) é inexato pretender-se distinguir uma ação de direito material ao lado de uma ação de direito processual, visto como o direito privado não gera ações” (A ação no direito processual civil brasileiro, p. 146).

sua tese de doutoramento, repudia a categoria de ação de direito material, afirmando que “falar em tipicidade da ação ou da tutela jurisdicional é projetar de que forma se “especifica” o direito ou poder de ação, de que forma se ‘regulamenta’ o (‘inafastável’) controle jurisdicional e como ambos se relacionam com situações de direito material.”⁷⁹

Destarte, pois, a ação de direito material, diante da proibição da autotutela, deve ser realizada através da tutela jurisdicional. Quando se fala em “tutela jurisdicional diferenciada”, respeitadas as autorizadas divergências da doutrina, resta-nos claro a necessidade do processualista raciocinar em termos de tutela jurisdicional adequada e capaz de atender às várias ações de direito material.

Portanto, o conteúdo da satisfação da ação possibilita dar conformidade do curso do processo à lide concretamente deduzida, cujas necessidades se podem aferir desde o início do processo, buscando os atores, inclusive, o magistrado, realizar, ainda que antecipadamente, as eficácias que comporão a eventual sentença de procedência e adequando os provimentos iniciais ou finais à tutela efetivamente útil ao demandante.

4. A relação processual e o plano do direito material

É sabido que o conteúdo da relação jurídica processual guarda referibilidade com as categorias já apontadas no plano do direito material.

Com efeito, uma sentença de procedência de divórcio terá que observar que a ação prevista na Lei Civil conduz a uma desconstituição, e não a uma declaração

⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional e tipicidade* (tese de Doutoramento), p. 63.

de estado. O direito material estatui que os cônjuges se divorciem, não que sejam declarados divorciados.

De igual modo, no caso da reivindicação de coisa, o direito material manda entregar, o que condiz a uma sentença que já contenha em si tal eficácia, embora haja o entendimento de que deva ser promovida uma execução para entrega de coisa certa (CPC, art. 621).

Como se sabe, a par da execução por créditos, existem outras ações executivas reais, a exemplo da ação reivindicatória, imissão de posse, depósito, reintegração de posse, nunciação de obra nova, divisão de terras, demarcação, petição de herança, despejo, dentre outras.

Assim sendo, no âmbito do direito material, os casos previstos em lei são aqueles a cujos titulares a lei conferiu direito (direito subjetivo), e tendo este se tornado exigível (pretensão), em seguida o próprio direito material conferiu-lhes ação (ação de direito material).

Em tais casos, o objeto do processo, portanto, será sempre uma afirmação referida à alegada existência de algum dos três momentos indicados.

Por óbvio, não estamos negando a relação entre o direito material afirmado e o direito processual. Estamos defendendo que a “instrumentalidade” deste, diante da complexidade das relações jurídicas do mundo contemporâneo, possa albergar as diferentes necessidades do plano material, através da melhor adequação do processo ao caso concreto.

5. A tutela jurisdicional diferenciada

A abstração em face do direito material que envolveu toda a construção do denominado “processo de conhecimento”, como categoria em tese apta à solução de todas as espécies de demandas, é consequência da opção metodológica dos doutrinadores e professores de direito processual civil, sempre a partir do processo de conhecimento pelo rito ordinário, que obedece ao modelo “postulação-instrução-decisão”, o que relegou a um segundo plano as técnicas processuais estranhas e incompatíveis com aquele modelo processual.

Tal concepção, sem dúvida, ignorando a categoria da ação de direito material, serviu de enorme proveito ao preestabelecimento de formas de tutela não diferenciadas em face do direito material, no auge da afirmação da chamada “fase autonomista do processo”.

Em decorrência, ganhou relevo o estudo da chamada “tutela jurisdicional diferenciada”, como busca de alternativas ao processo de cognição exauriente, movida pela necessidade de se dar efetividade ao processo.

A temática de tal estudo gira em torno das peculiaridades da demanda ajuizada e das correspondentes adaptações de rito, provimento e cognição.

Sobre o tema, Donaldo Armelin afirma que “presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade.”⁸⁰

⁸⁰ARMELIN, Donaldo. “Tutela jurisdicional diferenciada”. RePro 65, São Paulo: Revista dos Tribunais,

Todavia, o tema ressurgiu na doutrina, em face da constatada ineficiência do Poder Judiciário e dos reclamos de efetividade e de duração razoável do processo, mas não há nada de novo além da ênfase contemporânea pelos processualistas.

Com efeito, uma cuidadosa leitura das *Instituições de Direito Processual Civil* de Chiovenda nos mostra que, quando o autor descreve as “ações sumárias”, com possibilidade de cognição diferenciada, de execução antecipada e sumarização material, *in verbis*: “Outras vezes, o pronunciamento do juiz tem por escopo apressar a execução, e, embora sem prescindir do conhecimento, delimita-lhe os confins, porque se baseia num conhecimento, ou *não definitivo*, ou *parcial*, ou *superficial*. Declarações são essas com preponderante função executiva (execução provisória da sentença, procedimento documental, cambiário, procedimento monitório ou injuncional), e as ações com essa finalidade qualificam-se de *ações sumárias*.”⁸¹

O próprio Chiovenda acrescenta que os modelos de processos oriundos de ordenamentos jurídicos distintos podem diferenciar “conforme se admitam ou não, ao lado do *processo ordinário*, processos *especiais*, e quais; e conforme a especialidade desses processos consista na particularidade das *formas* admitidas para grandes grupos de relações jurídicas (causas comerciais, causas de pronto e fácil expediente, causas inferiores a certo valor, causas em litígio de trabalho e semelhantes) ou para relações isoladas (causas de separação pessoal entre cônjuges, causas de interdição e inabilitação, e outras) ou consista na particularidade da *cognição* (processo documental e cambiário; processo injuncional; processo por edital).”⁸²

Segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares “a tutela jurisdicional diferencia-se

p. 45.

⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 35.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 54.

na medida em que o ordenamento proporciona forma de proteção diferenciadas em relação às já previstas, proporcionando alternativas ao demandante em face do processo de cognição exauriente, ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada.”⁸³

Assim sendo, por exemplo, o mandado de segurança tem forma diferenciada em relação ao que o demandante poderia obter após o curso de lento e custoso processo pelo procedimento comum ordinário (eficácia mandamental). Contudo, no próprio bojo do processo comum ordinário pode ser concedida antecipação dos efeitos da tutela, capacitando o instrumento a tutelar de maneira mais adequada a afirmação de direito trazida a juízo.

Dessa forma, a construção de tutelas diferenciadas, a nosso ver, gira em torno das peculiaridades da demanda ajuizada e das correspondentes adaptações de rito, provimento e cognição.

Nessa perspectiva, ensina Donaldo Armelin que “a opção por um tipo diferenciado de tutela envolve, também, a necessidade de se alterar em parte o vigente Código de Processo Civil, não apenas para especificar os tipos de pretensões passíveis de serem por ele atendidas, como também para o regramento de seu instrumental procedimental.”⁸⁴

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que: “Para que o processo possa tutelar de forma adequada e efetiva as várias situações concretas, tornam-se imprescindíveis não só o procedimento, cognição e provimentos adequados, mas também um amplo leque de modalidades executivas capaz de permitir ao juiz tornar

⁸³ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 136.

⁸⁴ “ARMELIN, Donaldo. “Tutela jurisdicional diferenciada”, RePro 65/49.

efetiva a tutela jurisdicional nos vários casos que a ele são apresentados.”⁸⁵

Assim sendo, em sentido amplo, diferenciar a tutela jurisdicional implica tanto atingir a própria conformação da tutela em si, como diferenciar os instrumentos de sua prestação e a maneira como eles atuam dentro do processo.

Portanto, entendemos que o estudo da técnica processual adequada revela-se fundamental, por duas razões primordiais: a primeira para reafirmar cada vez mais o caráter da “instrumentalidade” do processo civil. E a segunda, como consequência da anterior, obter um melhor aproveitamento do processo, gerando, em decorrência, uma maior efetividade.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 187.

PARTE III: A fungibilidade como meio de adequação do direito material ao processo

1. A forma dos atos processuais

Como se sabe, o processo é constituído de uma série de atos que vão se sucedendo, até culminar-se num ato final denominado sentença, no caso do processo de conhecimento.

Nessa perspectiva, ele apresenta um aspecto externo, comumente denominado “procedimento”, que o estrutura em fases, as quais são desenvolvidas em sequência, até a obtenção do provimento final.

Em decorrência, por haver essa série de atos cronologicamente sucessivos, deduz-se que as leis processuais devem conter a previsão normativa das variadas categorias de tais atos, estabelecendo o modo, a forma, o lugar e o tempo para a prática dos mesmos.

Por outro lado, o processo também apresenta um aspecto interno, consistente na chamada “relação jurídica processual”, composta por um conjunto de poderes, deveres, ônus e sujeições, envolvendo os seus atores (juiz, autor e réu, basicamente).

Liebman diz que os atos processuais são os atos do processo, constituindo uma declaração ou manifestação do pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo, pertencendo a uma das categorias de atos previstas nas leis processuais e introduzida em um procedimento, com eficácia constitutiva,

modificativa ou extintiva sobre a correspondente relação jurídica processual.⁸⁶

Para este doutrinador“as formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência. Sua escrupulosa observância representa uma garantia do andamento regular e leal do processo e de respeito ao direito das partes. O formalismo é necessário no processo, muito mais que nas outras atividades jurídicas. Por outro lado, é necessário evitar, tanto quanto possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito. O legislador, por isso, ao regular as formas, que em grande parte são o resultado de uma experiência tradicional acumulada ao longo dos séculos, deve preocupar-se em adaptá-las às necessidades e costumes de seu tempo, eliminando o excessivo e o inútil; e o intérprete também não deve esquecer-se de que elas são meios e não fins.”⁸⁷

A “tipificação” dos atos processuais, em verdade, decorre do princípio do contraditório, pois a ciência comum pelas partes dos atos e termos processuais gera a possibilidade de contrariá-los, oportunizando às mesmas eventuais reações aos atos que lhe forem desfavoráveis.

Sem embargo, não se pode esquecer que, na contemporaneidade, o conceito do contraditório detém um entendimento mais amplo, além de conceder o direito às partes de conhecimento pleno e prévio do que se passa no processo. É inegável que o próprio juiz deve assumir uma postura mais ativa, em diálogo constante e igualitário com as partes, abandonando-se a idéia de que ele deve ser mero espectador. Sem dúvida, o contraditório efetivo e real passa, necessariamente,

⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. V. 1, ^a ed., tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 290-291.

⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. V. 1, ^a ed., tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 290.

por uma participação mais ativa do juiz no processo.

Dessa forma, se as partes têm o direito de informação e a possibilidade de reação aos atos praticados pelo adversário, nada mais coerente que a previsão pelo próprio legislador dos atos processuais, sua forma, modo, lugar e tempo para que possam ser aplicados. Aliás, mais amplamente, pode-se afirmar que a delimitação legal dos atos processuais assegura a observância do devido processo legal, pois, em um sistema de liberdade absoluta, no qual as partes pudessem escolher, segundo sua própria conveniência, o modo, a forma, o lugar e o tempo da prática dos atos processuais, haveria muita insegurança. Se, por exemplo, o demandado pudesse escolher como responder à pretensão do autor, no tempo que desejasse, o processo seria permeado de incertezas. Do mesmo modo, se o juiz pudesse sentenciar sem explicitar os motivos de seu convencimento, haveria espaço para arbitrariedades e prevalência de vontades pessoais.⁸⁸

Portanto, a forma do ato processual abrange, genericamente, o modo, o lugar e o tempo de sua realização. O modo refere-se a como o ato deve ser praticado, seus elementos e sua configuração (requisitos formais *intrínsecos* dos atos processuais). Os demais requisitos são exteriores ao ato, relacionando-se à sua situação no lugar e no tempo (requisitos *extrínsecos* dos atos processuais).⁸⁹

A propósito, o chamado princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, relacionado com o poder-dever de instrução do magistrado, extensível igualmente às partes, com vistas a melhor elucidação dos fatos controvertidos no caso concreto, cujo estudos e discussões tão em voga na atualidade, revela um exemplo concreto de que a rigidez das formas precisa ser repensada.

⁸⁸Nesse sentido, Candido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil. V. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 530-531).

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 533-534.

Sobre o tema, William Santos Ferreira, em trabalho de fôlego sobre prova cível, pontifica que “a máxima eficiência dos meios de prova assume um papel de extrema relevância, em razão do momento histórico de ruptura com uma rigidez exagerada dos atos processuais relativos à prova no processo civil, provocada, normalmente, pela quantidade excessiva de regramentos, que, ao contrário de assegurar a eficiência dos serviços judiciários, têm sido fonte de inflexibilidades incompatíveis com as necessidades do nosso tempo.”⁹⁰

2. Forma X Formalismo

Sabe-se que a “forma” é aquilo que dá realidade ao ato processual⁹¹ ou o conjunto de seus aspectos externos.⁹² Abrange, pois, como já ressaltado, o modo e as condições de tempo e lugar para a prática do ato processual.

Guilherme Freire de Barros Teixeira lembra que, habitualmente, o *formalismo* é concebido com uma carga valorativa negativa, sendo utilizado para expressar exigências formais sem qualquer sentido ou justificativa, que ele denomina “a forma pela forma”, ocasionando o atraso na entrega da prestação jurisdicional e tornando o processo lento e burocrático.⁹³

Contudo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta outra ótica do formalismo, ou da forma em sentido amplo, afirmando que o mesmo abrange a

⁹⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

⁹¹ FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*. V. 1. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997, p. 409.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 529.

⁹³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 53.

totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo. Nesse sentido, a forma em sentido amplo tem a finalidade de disciplinar o andamento do processo, evitando o arbítrio do Poder Judiciário e os excessos de uma parte em face da outra. Segundo tal orientação, o sentido pejorativo e patológico do termo formalismo ficaria restrito ao formalismo *excessivo*.⁹⁴

É fato que há necessidade de previsão legal das formas. Contudo, o chamado “formalismo excessivo” acaba sendo prejudicial ao desenvolvimento do processo, tanto no seu regular andamento, quanto na efetiva distribuição da justiça.

A forma, portanto, serve para ordenar o desenvolvimento do processo, evitando, assim, arbítrios e chicanas das partes e do próprio Estado-juiz. Contribui, a forma, em última análise, para a correta observância do próprio princípio do devido processo legal.

Com efeito, uma coisa é a previsibilidade do modo, lugar, conteúdo e forma dos atos processuais que deve existir no ordenamento, para que o processo não vire um caos, outra é a rigidez excessiva dessas previsões.

Se, contudo, a forma é inevitável, o formalismo se excessivo, deve ser evitado.⁹⁵

⁹⁴ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5-10.

⁹⁵ Sobre o tema do formalismo no processo civil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em trabalho de fôlego sobre o tema, aponta sua história, seus fundamentos e limites, numa nova perspectiva, a do formalismo-valorativo. Para ele, o formalismo-valorativo atua, portanto, de um lado como garantia de liberdade do cidadão em face do eventual arbítrio dos órgãos exercentes do poder do Estado, e de outro como anteparo aos excessos de uma parte em relação a outra, sempre buscando o equilíbrio formal entre os contendores (*Do formalismo...*).

3. A instrumentalidade das formas

Sem sobra de dúvida, uma das grandes preocupações do direito processual contemporâneo é tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, simplificando, inclusive, sempre que possível, as regras processuais.

Nesse caminho, a preocupação com a forma deve observar o escopo objetivo do ato processual, qual seja, a função que aquele ato deve cumprir no âmbito da série coordenada de atos que compõem o procedimento, tal como previsto na lei.

Com efeito, o legislador estabelece as regras relacionadas à forma dos atos processuais baseado em critérios lógicos, escolhendo as regras que entende mais idôneas para a obtenção da finalidade objetiva de cada um dos atos. Contudo, se por acaso o ato for praticado em desacordo com o modelo legal, mas mesmo assim, tenha atingido o fim desejado, isto é, o chamado “escopo objetivo”, deve ser reputado como “válido”.

É esta a essência do *princípio da instrumentalidade das formas*, que tem ganhado bastante relevo em sua aplicação na prática. De acordo com tal princípio, como já se disse, o desvio da forma do ato praticado em relação ao modelo normativo não deve ser anulado ou repetido, se esse mesmo ato, na prática, atingiu o seu escopo, cumprindo a finalidade prevista em lei.

Tal regra tem importância não apenas sob o aspecto jurídico, mas também sob o prisma político e social, na medida em que impede a sobreposição da forma ao direito, afastando a ultrapassada concepção de que a forma deve ser considerada um fim em si mesmo.

Tal princípio encontra-se expressamente consagrado nos artigos 154 e 244

do Código de Processo Civil Brasileiro. O primeiro considera que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei processual exigir, reputando-se válidos os atos que, realizados de outro modo, atinjam a sua finalidade essencial. O segundo dispositivo prevê que quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, mesmo realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco assevera que a instrumentalidade das formas associa-se à liberdade das formas, deixando certa margem de liberalidade para os sujeitos processuais, e à não taxatividade das nulidades, cominando umas poucas nulidades, permitindo que a identificação das demais seja feita mediante o confronto entre o ato praticado e o modelo legal. O sistema funda-se na razão e na consciência de que o ato deve ser praticado visando à consecução de seu escopo, não devendo ser considerado inválido se, a despeito de não ter observado a forma legal, atingir a finalidade desejada.⁹⁶

Louvável, pois, o papel relevante desempenhado pelas regras processuais que disciplinam a instrumentalidade das formas, uma vez que tal princípio apresenta-se como um flexibilizador do rigorismo decorrente das leis que estabelecem a forma pelo qual o ato processual deve ser praticado.

4. O princípio da fungibilidade: conceito e alcance

Interessado na pacificação social, ainda que sob o prisma formal, o Estado

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 596.

institui a função jurisdicional, como meio de atingir essa finalidade e possibilitar a observância do ordenamento jurídico.

Para tanto, como se sabe, para que a *jurisdição* pudesse atuar de forma concreta, foi concebido o *processo*, que é desenvolvido com a participação do Estado e dos interessados na solução do litígio existente no caso concreto.

Nessa visão, o processo atua como um método para a solução dos conflitos ou, de forma mais precisa, constitui o processo um método institucionalizado para a resolução das controvérsias.

Por conta da inércia como característica da jurisdição, incumbe ao titular da pretensão resistida ou insatisfeita provocar a atuação jurisdicional, por meio da *ação*, que obriga o Estado-juiz a dar uma resposta ao interessado.

Contudo, o processo não seria justo se não possibilitasse a participação efetiva do adversário, que deverá ter ciência dos atos processuais e a possibilidade de contrariá-los, exercendo, assim, o seu direito de *defesa*.

Esses são, pois, os quatro institutos fundamentais do direito processual: jurisdição, ação defesa e processo.

A fungibilidade, no campo do direito adquiriu mais visibilidade sob o aspecto material, notadamente no direito civil, no que diz respeito aos bens móveis. De acordo com o Código Civil em vigor consideram-se fungíveis aqueles que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, de acordo com o art. 85 do CC. Tal característica decorre da individualização do bem, sendo o resultado da comparação entre duas coisas equivalentes.⁹⁷

Num outro plano, a fungibilidade é empregada em relação às obrigações de fazer, nas quais há exigência da prática de um fato ou de um serviço ao devedor.

⁹⁷ Cf. Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 287.

Consideram-se fungíveis as prestações que, por sua natureza ou por disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não as satisfaça. Assim, será fungível a prestação quando puder ser realizada por outra pessoa que não seja o próprio devedor, por consistir em um ato que não requer técnica ou especialização.⁹⁸

Deduz-se, pois, que, no âmbito do direito material, que a fungibilidade é uma qualidade atribuída a algum bem ou alguma prestação que admite substituição por outro(a).

De fato, tanto no caso dos bens como na hipótese das obrigações, a fungibilidade está relacionada à possibilidade de substituição, compreendendo a troca do bem ou da prestação por outro(a), permanecendo, portanto, inalterada, na substância, a obrigação ou a prestação.

Já no campo do direito processual civil, a fungibilidade é, tradicionalmente, um princípio aplicável aos recursos, tendo sido utilizado com o objetivo de mitigar os problemas decorrentes do sistema recursal constante do Código de Processo Civil de 1939.

O art. 810 do referido Código revogado, havia a previsão de que “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”.

Tal dispositivo consagrou-se como o princípio da fungibilidade dos recursos, que consistia na possibilidade de que, sempre que houvesse dúvida objetiva a respeito de qual o recurso cabível contra determinada decisão judicial, caso fosse interposto pela parte o recurso que o juiz ou o tribunal competente para recebê-lo

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

entendesse não ser o cabível contra aquela decisão, era ele recebido, processado e conhecido como se o outro, entendido como o correto, tivesse sido interposto.⁹⁹

Embora o CPC de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada, o princípio da fungibilidade recursal tem aplicação ainda hoje, tratando-se um princípio implícito, em homenagem à própria instrumentalidade das formas.

Com a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, introduziu-se no CPC a fungibilidade entre as tutelas de urgência – cautelar e antecipatória – , de forma que, se o autor, a título de antecipação de tutela, pedir uma providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os presentes os pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado (art. 273, §7º, do CPC).

Outros clássicos exemplos presentes no sistema processual brasileiro, diz respeito à fungibilidade entre as demandas de natureza possessória, entre as cautelares, bem como, ainda em relação aos provimentos decorrentes da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, com a conversão de processos e, em certos casos, em relação aos procedimentos.

Destaque-se que o presente estudo não pretende exaurir a questão da fungibilidade em todas as suas vertentes e aspectos. Muito menos como se dá a sua plena operacionalização no direito brasileiro.¹⁰⁰

O tema da fungibilidade perpassa neste trabalho com o objetivo de se aferir um dos meios de se “adequar” a tutela jurisdicional ao caso concreto. Evitando,

⁹⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 84.

¹⁰⁰ Para uma melhor compreensão do princípio da fungibilidade, temos na doutrina pátria trabalhos de profunda qualidade científica, a exemplo das seguintes obras: “Teoria do princípio da fungibilidade”, de autoria de Guilherme Freire de Barros Teixeira, referido no texto; “Princípio da fungibilidade no processo civil”, de autoria de Eduardo de Avelar Lamy; “Fungibilidade de meios”, de Sidnei Amendoeira Jr. Todos eles no sentido de que o procedimento é parte fundamental no conceito de processo, mas este é permeado por outros valores, igualmente relevantes, além da forma. E que, se o processo é uma relação jurídica dialética e contraditória entre as partes, pode-se minimizar a importância do esquema rígido, apriorístico e genérico do procedimento, para que o seu principal escopo seja alcançado, qual seja, a tempestiva, efetiva e adequada solução do conflito.

desse modo, que a exaltação da forma até as últimas conseqüências deponha contra o escopo maior deste instrumento posto à disposição das partes para solução dos conflitos.

5. Fungibilidade e o devido processo legal: compatibilidade?

Não há dúvidas da necessidade de racionalização do exercício da atividade jurisdicional, de forma que o processo possa se desenvolver do modo mais célere possível, sem que sejam malferidas as garantias relacionadas ao devido processo legal.

De fato, não se revela razoável que o processo tramite por determinado lapso temporal, muitas vezes por vários anos, para que seja encerrado sem apreciação de mérito ou, pior, com o sacrifício do próprio direito material, a que ele está a serviço, pelo emprego equivocado de certa técnica processual.

Não há como negar, nesse contexto, que o princípio da fungibilidade atua como um mecanismo de flexibilização das formas processuais, ajustando-se assim, a uma tendência contemporânea do próprio direito processual civil.

É por isso, que em muitas situações, regras processuais obsoletas e ultrapassadas sejam adaptadas à situação concreta dos autos, como aqui temos defendido, dinamizando-se assim a atuação do Poder Judiciário e impedindo que o próprio direito material seja sacrificado, muitas vezes, apenas por questões relacionadas à falta de técnica.

Contudo, entendemos que o emprego da fungibilidade não pode ocorrer de maneira genérica e indiscriminada – e nem é isso o que aqueles que defendem a

teoria propõem.¹⁰¹

Com efeito, é inquestionável a necessidade de regulamentação dos atos processuais, para dar segurança a todos os que atuam no sistema, evitando inconvenientes que certamente surgiriam se as partes ou o mesmo juiz pudessem escolher, segundo suas próprias conveniências, o lugar, o modo, o tempo ou a forma para a prática dos atos processuais.

Como já referido, a “forma” existe para que haja a organização do processo e ela contribui para o seu regular desenvolvimento. É ela, sem dúvida, uma das decorrências das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, atuando para garantir às partes a ciência dos atos que foram, serão ou poderão ser praticados, evitando, dessa forma, que sejam surpreendidas com atos inesperados praticados pelo adversário ou mesmo pelo próprio juiz.

Todavia, como já expusemos, esse papel relevante da forma no processo não pode ser supervalorizado, ao ponto de se admitir que se sobreponha ao próprio direito material.

Com acerto, se o princípio da fungibilidade não pode servir como mecanismo de desorganização do processo ou como meio de indiscriminada violação às regras processuais, não é menos certo que o processualista da atualidade aceite que as partes ou mesmo o juiz fiquem presos a regras de caráter meramente formal ou a um desarrazoado tecnicismo.

Como já afirmamos, deve ser valorizado o escopo social do processo, repudiando-se o apego à “forma pela forma”, sob pena de malferir-se o próprio exercício da atividade jurisdicional. Para tanto, o juiz deve estar alerta, sempre, para a real finalidade do ato processual, bem como às razões que determinam a

¹⁰¹ As referências teóricas a que aludimos dizem respeito, especificamente, aos autores e obras nominados na nota de rodapé nº 94, supra.

exigência de certa forma. Caso não seja ela necessária ao atendimento do fim a ser obtido no processo, nem constitua violação a reais garantias das partes, ou, ainda, à própria ordem do processo, entendemos que tal pode ser legitimamente transgredida.

É nessa perspectiva, que defendemos serem perfeitamente compatibilizados os princípios da fungibilidade e do devido processo legal. O que se faz importante nesta compatibilização, é que não constitua ato de autoritarismo do Estado-juiz, para o que, deve oportunizar as partes manifestarem-se sobre correções e/ou adequações, permitindo que elas influam no convencimento do julgador, no tocante à impossibilidade de aplicação de tal princípio no caso concreto.

PARTE IV: A adequação do procedimento judicial

1. O princípio da adequação

Consoante já exposto, a Constituição Federal consagra o devido processo legal como uma cláusula geral. Em decorrência, o seu conteúdo foi modificado ao longo da história.

É claro que o que se entendia por “devido” no século XIV, época do absolutismo monárquico, governos teocráticos etc., não foi o que se entendeu por “devido” no início do século passado, com a consolidação da igualdade formal, separação entre Igreja e Estado, industrialização etc. Muito menos o que se entende como devido na atualidade, com o crescimento das sociedades de massas, com o advento da globalização etc.

De fato, essa evolução do conceito e compreensão da cláusula do *devido processo legal* não pode ser ignorada por quem pretende estudar e entender o fenômeno da processualística, em quaisquer de suas vertentes.

Consoante já enunciado, se o *devido processo legal* revela-se como manifestação inegável dos direitos fundamentais, e estes foram ao longo do tempo, também evoluindo em suas dimensões¹⁰², não há como afastar que postulados mais

¹⁰² A esse respeito, comungamos do entendimento de PAULO BONAVIDES, quando aduz que o lema revolucionário do século XVIII, exprimiu em três pontos cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando uma verdadeira sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Em decorrência, os direitos fundamentais passaram, na ordem institucional, a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por norte uma universalidade material e concreta, em substituição à universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direito, claramente contida no jusnaturalismo do século XVIII. Em decorrência, segundo aquele jurista, é que nos deparamos, com os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração, a saber: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 516-517).

recentemente afirmados, como a *duração razoável do processo* e a própria *efetividade*, decorrem dessas categorias de novos direitos fundamentais e podem ser extraídos, sem sombra de dúvida, da cláusula geral do *due process of law*.

Acontece, que o chamado conteúdo mínimo do devido processo legal (contraditório e ampla defesa, proibição de provas ilícitas, caráter público do processo, garantia do juiz natural, duração razoável do processo, inafastabilidade da jurisdição) construído ao longo dos séculos não se revelaram suficientes para a solução dos problemas contemporâneos. De fato, a construção do chamado processo “justo e devido” é permanente e constante.

Sem dúvida que o *princípio do devido processo legal* tem a “função de criar os elementos necessários do ideal de protetividade”¹⁰³ dos direitos, integrando o sistema juridicamente lacunoso.

De tal princípio constitucional extraem-se, outros princípios e direitos fundamentais, mesmo sem constar expressamente do texto constitucional, mas igualmente importante para a delimitação do modelo constitucional do processo jurisdicional brasileiro.

Por isso que se diz que o processo, também para ser “devido”, tem que ser “adequado”.

Humberto Ávila, examinando o princípio da adequação, à luz dos *postulados normativos aplicativos*¹⁰⁴, afirma que: “A adequação exige uma relação empírica

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. “O que é ‘devido processo legal’?”. *Revista de Processo*, v. 33, n. 163, p. 57, set/2008.

¹⁰⁴ Para o autor, postulados aplicativos normativos são condições “para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 145-146.

entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”. Para ele, “a compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”¹⁰⁵

Portanto, para este doutrinador, a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. No seu entender, a imediata exclusão de um meio que não é o mais *intenso*, o *melhor* e o mais *seguro* para atingir um fim, impediriam a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha.¹⁰⁶

No que pertine ao processo civil especificamente, Fredie Didier Jr. assevera que o “princípio da adequação” pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: 1) o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; 2) o processual, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a afeiçoá-lo às peculiaridades da causa. O doutrinador citado denomina o primeiro momento de “princípio da adequação” e o segundo “princípio da adaptabilidade”. Para ele, um é abstrato e prévio, enquanto o outro é concreto e reparador. Ele adota essa terminologia.¹⁰⁷

Ousamos discordar do nobre processualista, por entendermos que a “adequação” por ele denominada “prévia”, ou no campo legislativo, é ínsita da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Em decorrência, se esta

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 177.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 179.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 64.

deve ser entendida, na tríplice dimensão de *tempestividade-efetividade-adequação*, qualquer norma por ventura existente, ou que venha a existir no sistema processual, constitucional ou infraconstitucional, deve guardar sintonia com essas “qualidades” intrínsecas à prestação jurisdicional ofertada pelo Estado-juiz.

Dessa forma, entendemos que as expressões “adaptabilidade” e “elasticidade” guardam relação direta com o princípio da adequação. Elas permitem ao juiz adaptar, no caso concreto, o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida, sendo, ao nosso ver, a “verdadeira” adequação ínsita à cláusula do devido processo legal.

Não queremos afastar, por óbvio, a preocupação que deve ter o legislador, quando da produção legislativa das regras processuais, em não criar embaraços à melhor prestação jurisdicional ou a mais adequada. Se ele assim o agir, certamente, a regra nascerá eivada de vício de constitucionalidade, devendo ser rechaçada sua aplicação, pelas vias, formas e legitimados previstos na própria Constituição Federal.

Noutra perspectiva, pode ser vislumbrado outras “notas” próprias da concepção contemporânea da prestação jurisdicional, como é o caso da “efetividade” e da duração razoável do processo.

Nesse entender, a criação, por exemplo, pelo legislador, de um procedimento inadequado à realização de determinado direito material, revela-se contrária à própria efetividade e, portanto, na contramão de todas as tendências e trajetórias atuais que orientam a moderna processualística.

Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni, visando à adequação como imposição do direito fundamental à efetividade: “A compreensão desse direito da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a

efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicitar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.”¹⁰⁸

Para Galeno Lacerda, a adequação do processo apresenta-se sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico, que não se excluem, mas sim se inter-relacionam.¹⁰⁹

Para o doutrinador acima, a adequação subjetiva do processo opera-se em razão dos seus litigantes, ao passo que a adequação teleológica do procedimento relaciona-se com as diversas funções a que ele visa. Diz: “Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e ritos distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide.”¹¹⁰

Por óbvio, devemos entender a afirmação acima, a partir da concepção originária do CPC de 1973, com a sua tripartição “estanque” de funções/tutelas jurisdicionais tradicionais do nosso sistema, com o que o texto amolda-se em perfeita harmonia. Contudo, em tempos de “sincretismo processual”, perde-se um pouco utilidade prática a louvável afirmação. Inobstante, a sua importância para o aprimoramento do conceito da adequação processual, ressaltando que a essência da construção teórica é perfeitamente compreensível e adaptável ao modelo de processo vigente nos dias atuais.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, p. 304.

¹⁰⁹ LACERDA, Galeno. “O Código como sistema legal de adequação do processo”. In *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, p. 164.

¹¹⁰ LACERDA, Galeno. “O Código como sistema legal de adequação do processo”. In *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, p. 166-167.

Fredie Didier Jr. assevera que, sob o aspecto objetivo, o legislador para adequar a tutela jurisdicional leva em conta, basicamente, três critérios, quais sejam: a natureza do direito material, a forma como o direito material se apresenta no processo, e a situação de urgência.¹¹¹

Todavia, como já sustentamos acima, a adequação sob a ótica legislativa, a nosso entender, é consectário próprio da cláusula do *devido processo legal*.

Portanto, a adequação do procedimento decorre do direito fundamental a uma tutela jurisdicional não apenas tempestiva e efetiva, cabendo ao órgão jurisdicional realizá-lo sempre que estiver diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto em apreço.

2. A doutrina brasileira sobre a adequação do procedimento pelo juiz

A doutrina brasileira tem avançado no tema da adequação do procedimento pelo juiz. A nova geração de processualistas, sob a luz dos postulados constitucionais, tem sustentado a real possibilidade desta operacionalização.

Com efeito, consoante já afirmado, ao denominar de “adaptabilidade” ou “elasticidade”, Fredie Didier Jr. afirma que “nada impede, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material.”¹¹²

Contudo, adverte o mesmo doutrinador: “Como se trata de um desvio

¹¹¹DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 66.

¹¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 66-67.

(previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o magistrado sempre deve alertar as partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios do contraditório e da cooperação.”¹¹³

O doutrinador acima referido elenca vários exemplos, em que o sistema permite ao magistrado adequar o procedimento já iniciado. Dentre eles, enumeramos os seguintes:

a) a possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, nas causas consumeristas – aqui a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *opeiudicis*, desde que preenchidos certos requisitos, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC;

b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§4º e 5º, do CPC);

c) o julgamento antecipado da lide para abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, do CPC);

d) a determinação ou não de audiência preliminar, dependendo da disponibilidade do direito material em debate (art. 331, do CPC);

e) as variantes procedimentais previstas na Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965, art. 7º e seguintes);

f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, do CPC);

g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, do CPC,

¹¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 67.

previstas nos parágrafos.

Esclarecemos, contudo, dentro do entendimento aqui afirmado por nós que, embora o próprio legislador autorize o magistrado percorrer caminhos procedimentais distintos, o doutrinador em referência congrega da ideia de que, mesmo na ausência de previsão legal expressa, é possível ao juiz modificar o procedimento de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugere, inclusive, a via legislativa para o estabelecimento do princípio da adaptabilidade, a que ele denomina de “princípio da adequação formal”, como princípio geral do processo, “facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.”¹¹⁴

Luiz Guilherme Marinoni traz relevante contribuição para o tema. Para este doutrinador, o procedimento está ligado diretamente à técnica processual, sendo, pois, essencial para a tutela do direito material. Diz este doutrinador: “O processo, atualmente, é o próprio procedimento. Mas não apenas, como quer Fazzalari, o procedimento realizado em contraditório – até porque essa exigência é óbvia e inegável –, mas igualmente o procedimento idôneo às tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto. Aliás, para que o processo seja capaz de atender ao caso concreto, o legislador deve dar à parte e ao juiz o poder de

¹¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. RePro 96/66. O saudoso doutrinador faz menção a dispositivo do Código de Processo Civil Português a respeito do assunto: “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 atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

concretizá-lo ou de estruturá-lo. Ou seja, o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender as particularidades do caso concreto.”¹¹⁵

Adverte, ainda, o doutrinador acima que “o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto.”¹¹⁶

Portanto, além de conferir ao magistrado uma textura aberta normativa, para o adequado preenchimento no caso concreto, deve ser igualmente concedido o poder-dever de adequação do procedimento previsto em lei.

Arrematando o tema, Luiz Guilherme Marinoni enuncia: “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.”¹¹⁷

Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina, analisando a questão, reconhecem o problema no sistema vigente e o identificam como “déficit procedimental”. Afirmam: “Neste caso, *inexistindo procedimento explicitamente previsto no sistema, o procedimento adequado deverá ser modelado pelo juiz, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes*, já que a ausência de tal procedimento adequado à tutela do direito substantivo significaria a negativa de

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 419.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 427.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 429.

existência de tal direito.”¹¹⁸

Por fim, em trabalho de fôlego sobre o tema, Fernando da Fonseca Gajardoni¹¹⁹ enfrenta com maestria e profundidade a questão, procurando demonstrar quais seriam os padrões razoáveis, para harmonizar as necessidades do tormentoso binômio segurança x agilidade, sob a denominação de “flexibilização procedimental”, a que aludiremos, mais especificamente, no item seguinte.

3. A flexibilização procedimental

A flexibilização procedimental ou a possibilidade de flexibilidade do procedimento às exigências e características da causa revela-se fundamental para a melhor consecução dos seus fins, numa perspectiva de instrumentalidade do processo.

Sobre a flexibilização em sistemas alienígenas, importante destacar que os modelos procedimentais estrangeiros não podem e não devem ser supervalorizados em detrimento do nosso. Nem tampouco serem simplesmente transplantados para o ordenamento jurídico interno sem maiores aferições. Contudo, eles podem servir de parâmetro para aferição do sistema nacional.

É fato que a distinção antigamente tão expressiva entre os sistemas da *common law* e da *civil law* acabou, com o passar dos anos, sendo atenuada pelo diálogo e pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada um deles.

Com efeito, alguns países adeptos do padrão continental implementaram

¹¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 54-55.

¹¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, 249 pp.

medidas típicas do processo da *common law*, ora os sistemas anglo-saxônicos se curvaram ao direito escrito, de modo que não mais se ostentam como modelos puros e têm se curvado à influência saudável dos outros sistemas.

Na Inglaterra, por exemplo, há desde 1999 um diploma semelhante a um Código de Processo Civil (PCR), pelo qual o juiz tem a liberdade na direção do procedimento, ora podendo abreviá-lo julgando-o liminarmente, ora podendo combinar os atos processuais para a tutela das causas menores, ora prorrogando boa parte dos prazos legais, futuros ou já superados. Há, pois, uma verdadeira atividade gerencial por parte do magistrado na condução do procedimento.

Por sua vez, as cortes federais norte-americanas adotaram um modelo de gerenciamento inspirados em duas premissas, quais sejam, a busca da solução do conflito por via dos meios alternativos de resolução de controvérsias; e a flexibilização judicial do procedimento, que permite ao juiz, juntamente com as partes, estipular de maneira prévia as etapas do desenvolvimento do procedimento, o que inclui prazos e tarefas.

No sistema processual civil português existe um princípio da adequação, formalmente positivado, no art. 265-A do CPC português¹²⁰, o qual concede genericamente ao magistrado, tal qual acontece com o nosso poder geral de cautela do art. 798 do CPC, prevendo a possibilidade de adequar qualquer procedimento aos fins do processo.

No direito brasileiro, William Santos Ferreira faz menção ao tema, em obra aqui já referida, apontando a *flexibilização* como uma das formas encontradas para responder às necessidades atuais do sistema jurídico. Para ele, “entre as evoluções

¹²⁰ Código de Processo Civil Português - Artigo 265.º-A - Princípio da adequação formal - “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.”

do sistema processual brasileiro, especialmente em comparação com o ocorrido entre o final do século XIX e o final do século XX, está o reconhecimento da importância da concepção de novas formas para se resolverem os gravíssimos problemas contemporâneos”. Afirma que dentre outras, a flexibilização das condutas previstas na lei tem se voltado à tentativa ou solução dos problemas, mitigando-se, portanto, um padrão rigidamente estabelecido.¹²¹

Analisando a obra de Fernando da Fonseca Gajardoni, trabalho de fôlego sobre o tema da flexibilização procedimental, vemos que a proposta deste autor revela-se restritiva: apenas em relação aos aspectos relacionados ao lugar e tempo da prática de atos processuais podem ser classificadas como regras procedimentais e, portanto, podem ser objeto de regulamentação diversa pela legislação estadual. Por outro lado, os estados devem respeitar as normas gerais estabelecidas pelo legislador federal, as quais costumam ser editadas em profusão e detalhes. Assim, sobra muito pouco espaço para a atuação do legislador estadual, no tocante à criação de procedimentos diferenciados.

Essa constatação do autor, diante do caráter rígido da forma e do procedimento que impera em nosso Direito Processual, cria, segundo seu entendimento, a necessidade de uma atuação judicial mais ativa na conformação do procedimento.¹²²

Assim sendo, Fernando da Fonseca Gajardoni, com base na realidade judiciária brasileira, afirma que essa atuação judicial se dá em quatro circunstâncias:

¹²¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189.

¹²² Oportuno esclarecer aqui que “processo” e “procedimento” têm conceitos diferentes. O *processo* é *método*, ou seja, é o sistema de compor a lide em juízo por meio de uma relação jurídica vinculativa de direito público. Já o *procedimento* constitui a “forma material” com o processo se realiza em cada caso concreto. A grande maioria da doutrina processual brasileira enxerga no processo uma relação jurídica e no procedimento sua “manifestação extrínseca”, isto é, “sua realidade fenomenológica perceptível”.

“(a) mediante disposição legal genérica que conceda ao juiz poderes para moldar o procedimento ao caso concreto; (b) mediante disposição legal que possibilite tramitações processuais alternativas e predispositivas; (c) por força de iniciativa judicial, ainda que não haja previsão legal; (d) voluntariamente, com as partes adequando o procedimento às suas pretensões.”¹²³

O autor sustenta que dois princípios informam todo o sistema brasileiro de flexibilização procedimental: o da adequação e o da adaptabilidade. Para ele, fala-se em adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e o princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), que entende ser subsidiário ao primeiro – para designar a atividade do juiz flexibilizar o procedimento legal inadequado ou de reduzida utilidade para melhor solução do caso concreto.¹²⁴

As aplicações práticas ilustradas pelo autor referido, são as seguintes: a) art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990); b) art. 1.109 do CPC, referente à Jurisdição voluntária; c) art. 21 da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996); c) art. 6º da Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9.099/1995); e a atipicidade das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (art. 461, §5º, art. 461-A, §3º, ambos do CPC, e art. 84. §5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, os louváveis exemplos apontados pelo doutrinador referido e por estarem os mesmos inseridos no contexto de instrumentalidade do processo e valorização da tutela jurisdicional efetiva, entendemos que a textura aberta de tais

¹²³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 7-8.

¹²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 134-135.

regras processuais e adequação do procedimento pelo magistrado dizem respeito a fenômenos e posturas distintas.

Com efeito, a nossa reflexão, a partir de uma crítica análise das teorias esposadas, é no sentido analisar as diretrizes genéricas. Notadamente, as ponderações principiológicas da adequação procedimental, sobretudo, no âmbito constitucional, tanto no sentido da possibilidade, quanto dos seus limites. E, nesse prisma, é que discorreremos acerca do respeito aos princípios constitucionais, no item seguinte.

4. A questão do respeito aos princípios constitucionais

Não se pode aceitar, no âmbito de um Estado Constitucional, que o direito material tenha que se adequar à técnica processual, amoldando-se diante de um “formalismo estrito” e, porque não dizer, por vezes pernicioso à própria consecução e realização no mundo dos fatos, das célebres declarações de direitos.

Com efeito, revela-se, pois, inaceitável, que o legislador da atualidade não se omita quanto à necessidade de ofertar uma mínima textura aberta da técnica processual, fixando contornos e balizas, obviamente e entendemos que isso não afeta o valor de segurança do processo.

Somente se este caminho for trilhado, é que, de fato, permitir-se-á uma tutela mais efetiva e adequada ao direito material postulado em juízo, sempre à luz do caso concreto, levando em consideração as suas peculiaridades.

Não há dúvidas que se deve permitir ao juiz corrigir o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como é o caso

do contraditório.

De fato, se um procedimento não prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, ainda que *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental.

Aqui podemos apontar o exemplo típico dos chamados “embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes”. Com efeito, nada obstante o recurso de embargos de declaração vise apenas ao aperfeiçoamento da decisão judicial, patrocinando o esclarecimento de obscuridade, de contradição ou a supressão de uma omissão, ele não se presta, em regra, à obtenção de modificação do julgado. Assim sendo, sempre que o eventual acolhimento dos embargos declaratórios puder provocar uma alteração na substância da decisão embargada, entendemos que deve ser oportunizado o contraditório real, efetivo, para que a parte adversa não venha obter uma eventual decisão surpresa em seu desfavor, sem ter tido a oportunidade de ofertar suas razões para o novo convencimento do julgador.

De outra parte, entendemos que a adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto se sujeita a tal controle difuso de constitucionalidade, e não necessariamente numa específica previsão legal, mesmo porque a situação concreta contida numa determinada causa é que vai conforma-se ou não aos *standards* para o exercício de uma atuação judicial diferenciada.

Portanto, a ampla defesa, por ser mais ampla que o próprio contraditório, constitui limite constitucional e um dos parâmetros para o exercício da adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto.

De fato, uma adequação judicial não poderia jamais, por exemplo, impor a supressão de recursos ou outros meios impugnativos das decisões judiciais. De igual forma, restringir a participação efetiva das partes no processo ou o direito

constitucional a produzir prova para comprovação das alegações. Sobre a aptidão dos meios de prova, William Santos Ferreira adverte que “as regras restritivas deverão constar expressamente na lei e sua adoção deve ser proporcional, o que impõe analisar as razões justificadoras da restrição e os efeitos que provoca, não podendo inviabilizar a demonstração do fato ou torná-la tão onerosa a ponto de materialmente impossibilitá-la, o que representa a violação do direito à prova, ao contraditório e à ampla defesa.”¹²⁵

Assim sendo, os limites constitucionais impostos à adequação devem ser harmonizados, pelas técnicas interpretativas, para possibilitar uma aproximação do procedimento ao direito material vertido no caso concreto.

5. A adequação procedimental é meio de reaproximação entre o direito material e o processo?

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

¹²⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 74-75.

fundamentais à efetividade do processo.¹²⁶

Barbosa Moreira reconhece a relevância da técnica para o bom funcionamento do processo e faz advertência sobre a qual é preciso refletir e tomar atitude. Afirma: “No Brasil, forçoso é admiti-lo, as noções técnicas, mesmo as mais elementares, nem sempre parece haver-se enraizado com a firmeza necessária no patrimônio cultural de todos os operadores do Direito, seja qual for a categoria a que pertençam. Ora, com má técnica não se conduz a bom termo processo algum. É indispensável, portanto, que os processualistas se ocupem da técnica.”¹²⁷

Consoante já assinalado neste trabalho, o emprego inadequado da forma – considerada esta em sentido amplo – constitui um dos grandes responsáveis pela demora do processo, uma vez o que transforma em instrumento a serviço de um formalismo estéril, não do direito material ou da ordem jurídica justa.¹²⁸

Por tais razões, ainda se faz necessário tentar um “diagnóstico dos *momentos* da função jurisdicional em que se aglomeram os piores problemas e maiores solicitações de aperfeiçoamento.”¹²⁹

Para Cândido Rangel Dinamarco, “a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.”¹³⁰

¹²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 31.

¹²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, *passim*.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 377.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 271.

Estabelecido, pois, o nexó entre técnica e efetividade, temos de enfrentar os problemas que de uma decorrem, para se conseguir atingir a outra.

Dessa forma, por ter o processo natureza pública, principalmente por visar alcançar objetivos de interesse público, faz-se importante encontrar-se meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma célere, segura e efetiva. Este é o grande desafio do Direito processual civil, em sua essência. Desafio imposto aos estudiosos do processo para que se obtenha, no plano prático, a realização mais próxima possível de todos esses esboços teóricos de “técnica”, “instrumentalidade” e “efetividade”.

A adequação procedimental aqui por nós defendida, somente será plenamente possível quando houver uma mudança comportamental de todos os atores envolvidos na máquina que impulsiona o processo. De nada adiantará promessas de “cláusulas abertas” ou de supressões ritualísticas, se não houver uma consciência e uma atitude para evitar que o processo “constitua um fim em si mesmo”.

Entendemos que a “adequação” dos ritos e dos atos ao caso concreto, respeitados os parâmetros de cunho constitucional poderá ser, sem dúvida um “meio de reaproximação entre o direito material e o processo. Não um retorno à “ação de direito material”, em seu sentido clássico. Mas, a uma ação como instrumento adequado e efetivo de realização desse mesmo direito.

Se rompemos com o modelo do processo de simples declaração do direito, e erigimos ao novo paradigma do processo útil e de resultados concretos, a adequação entre a tutela processual invocada e a natureza do direito material em debate e, sem qualquer sombra de dúvida, um meio de reaproximação entre essas

duas realidades. E, se por algum tempo elas andaram distantes, já está mais do que na hora de reaproximá-las. É o que defendemos.

PARTE V: Os projetos de Novo CPC e a adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto

É visível a tendência de décadas de se abandonar o modelo normativo rígido típico dos primeiros códigos, baseado em normas fechadas e inflexíveis, diante da incapacidade das civilizações em regulamentar todas as situações que possam vir a acontecer, haja vista o dinamismo social e a frequente alteração ontológica das relações de direito material.

Ciente de tal contexto, os elaboradores dos Projetos de Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010, do Senado Federal e PL nº 8.046/2010, da Câmara dos Deputados) buscaram aprimorar e simplificar a prestação jurisdicional, inspirados nos problemas contemporâneos do processo civil, à luz do inarredável respeito e harmonia com os princípios e garantias constitucionais.

O reconhecimento de que o modelo processual civil vigente, na complexidade da sociedade brasileira atual, distante de uma melhor técnica de realização dos direitos materiais solenemente celebrados, impôs à nobre Comissão de Juristas o desafio de propor melhorias efetivas na prestação jurisdicional.

Dentre os objetivos que orientaram os elaboradores do Código proposto, constata-se que eles pretenderam criar um processo menos complexo e mais próximo das necessidades da sociedade brasileira.¹³¹

¹³¹ Com efeito, os trabalhos da Comissão de Juristas, consoante se extraem da “Exposição de Motivos” do Código proposto, foram orientados, basicamente, pelos seguintes objetivos: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Assim sendo, por exemplo, flexibilizando o dogma e a cultura da sentença judicial, o Projeto deu ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação, entendendo que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.¹³²

Com o pensamento volta para melhor rendimento e utilidade possível, do conflito trazido a juízo, o Projeto permite que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cujo solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes, prestigiando o “conteúdo” em detrimento da forma, em homenagem ao princípio da instrumentalidade.¹³³

Objetivando a *simplificação*, o Projeto propõe a extinção de alguns instrumentos processuais autônomos em vigor, como a reconvenção, a impugnação ao valor da causa e a ação declaratória incidental.

De igual relevo, ainda no tocante à *simplificação*, o Projeto propõe a extinção das ações cautelares nominadas, adotando o critério da adoção de uma “cláusula geral de urgência”, aferível objetivamente, como principal requisito para a concessão de uma tutela sumária, aliada à demonstração prévia da plausibilidade do direito substancial em risco.

O Projeto também, numa tentativa de aproximação do processo ao direito material pretendido, permite a concessão da chamada “tutela da evidência”, quando o caso permitir ser aferida forte probabilidade ou certeza da existência daquele direito. Não por demais lembrar-se que *évidence*, do francês, ou *evidence*, do

¹³² Consoante “Exposição de Motivos” do Código projetado.

¹³³ Consoante “Exposição de Motivos” do Código projetado.

inglês, significam prova.

A esse respeito, sobre a tutela da evidência, Luiz Fux leciona que “a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção”, pois “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais os revela incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”.¹³⁴

O Projeto também prevê a uniformização dos prazos para todos os recursos, à exceção dos embargos de declaração.

É tendência no atual processo legislativo que, para evitar o engessamento das leis, o legislador tem se utilizado de técnicas de “textura aberta”, fundadas em cláusulas gerais e abstratas, princípios e conceitos vagos e indeterminados.

Com acerto, não há dúvida, de que o caráter geral e abstrato dos conceitos e certo nível de indeterminação darão grande dinamismo às normas do direito positivo, possibilitando que este acompanhe o mundo empírico e a realidade social.

Ciente deste fato, os elaboradores do Projeto, numa atitude feliz, concederam ao juiz, na versão original do texto, esse poder de construção de cunho principiológico (Cf. parágrafo único do art. 477, do Projeto aprovado no Senado Federal). Lamentavelmente, o dispositivo foi retirado no Projeto aprovado na Câmara dos Deputados (Cf. art. 500).

Todavia, Cassio Scarpinella Bueno, em recente obra comparativa e anotada dos Projetos de Novo CPC, sustenta que o texto suprimido na Câmara dos Deputados (Parágrafo único do art. 477 do PLS 166/2010) estaria contido na cláusula geral do dever de fundamentação das decisões judiciais expressa no art.

¹³⁴ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

93, IX, da Constituição Federal.¹³⁵

Por fim, mais especificamente, em relação ao tema desenvolvido em nosso trabalho, o Projeto defende que “o juiz tenha o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa”.¹³⁶

O CPC em vigor, como se sabe, possui um rígido sistema de preclusões temporais¹³⁷ (art. 182 do CPC). A atual flexibilidade foi reproduzida no Projeto aprovado no Senado Federal (art. 190), bem como no Projeto aprovado na Câmara dos Deputados (art. 222), neste último com uma melhor distribuição das regras.

Todavia, não se exige maiores esforços para afirmar-se que o vigente sistema de preclusões rígidas pode gerar evidentes e graves prejuízos à tutela do direito material, assim como ao contraditório real e a ampla defesa efetiva.

De fato, é inegável que fixar o mesmo prazo de quinze dias para apresentação de todas as modalidades de defesas, em todos os tipos ou modalidades de procedimentos independentemente de suas complexidades, impede um exercício dialético adequado.

No Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, surgiu, também, a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva, pelo juiz, uma vez atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação de litisconsórcio, sempre a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e desde que ouvido o autor (art. 334 do PL n. 8.046/2010).

O art. 358 do Projeto aprovado no Senado Federal, bem como o § 1º do art. 380 do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, modifica a tradicional regra do

¹³⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 253.

¹³⁶ Consoante “Exposição de Motivos” do Código projetado.

¹³⁷ CPC, Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

“ônus da prova”, permitindo ao juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, atribuir tal ônus de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada.

Com acerto, o maior anseio que o magistrado deve ter é o de proferir uma decisão justa. Em decorrência, para que ele alcance tal intento, há necessidade de que exista uma verdadeira “cooperação” entre os sujeitos do processo, cada um cumprindo funções necessárias a que se possa chegar a um resultado justo.

Neste sentido, foi bastante feliz a proposta da Comissão de Jurista do Novo CPC em permitir ao juiz o poder de alterar a regra clássica de que o responsável por alegar o fato é aquele que o possui a prova do mesmo. Esta louvável iniciativa, sem sombra de dúvida objetiva garantir a “isonomia material” entre os sujeitos parciais do processo, consoante a regra geral do art. 7º de ambos os Projetos. Assim sendo, o mais apto a provar é aquele sobre quem o ônus incidirá.

Essa nova “dinâmica do ônus da prova” encontra-se consagrada no art. 358 do Projeto aprovado no Senado Federal e no art. 380 do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados.

Enfim, os Projetos de Novo Código de Processo Civil certamente não terão o condão de resolver todos os complexos e angustiantes problemas da prestação jurisdicional brasileira. Mas, certamente, dotará o juiz de melhores mecanismos para decidir com acerto.

Por tal razão, merece aplauso a intenção da nobre Comissão de Juristas em não se preocupar em realizar uma “obra magistral, estética e tecnicamente perfeita”, em prejuízo de sua funcionalidade¹³⁸. Pensamos que, se o “Novo Código” que se avizinha conseguir ser coerente e harmônico, na sua missão de resolver problemas

¹³⁸ Consoante “Exposição de Motivos” do Código projetado.

e não criar outros, já estará de bom tamanho. Para tanto, faz-se necessário que nós, os seus usuários, procuremos fazê-lo e aplicá-lo da forma mais adequada e consentânea com o texto constitucional, para que um dia tenhamos um processo mais célere, isonômico e justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É chegado o momento de concluir o nosso estudo. Para tanto, extraímos, ao longo de cada um dos “capítulos” ou “partes”, as seguintes “conclusões”:

1. O direito processual praticamente nasceu em torno do conceito de ação e ainda hoje a doutrina se debruça sobre a investigação de sua verdadeira natureza. Contudo, a problematização nos tempos atuais já saiu do âmbito da ciência processual e ingressou nos domínios do direito constitucional.

2. Com a constitucionalização do processo civil, os seus institutos como jurisdição, ação e processo têm sido permanentemente revisitados. Além destes, também a defesa, mais recentemente é considerada como um tema fundamental do direito processual civil.

3. O direito processual é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

4. A Constituição Federal de 1988 inovou com estudo do processo à luz dos direitos fundamentais. Ela além de incluir expressamente um rol de direitos e garantias fundamentais, apresenta uma série de dispositivos de natureza processual, sem precedente na nossa história constitucional.

5. Na doutrina processual, é conhecida a distinção que se faz entre princípios informativos e princípios fundamentais do processo.

6. O devido processo legal, como eixo central do próprio modelo constitucional do processo, coordena e delimita todos os demais princípios processuais que informam tanto o processo quanto o procedimento.

7. O aspecto processual da cláusula do devido processo legal traz em seu bojo a possibilidade efetiva do acesso à jurisdição. E esse acesso, além de tempestivo e efetivo, deve ser igualmente “adequado”.

8. A tutela jurisdicional, sob a ótica constitucional, implica a possibilidade séria e efetiva de obter em juízo a prestação jurisdicional adequada à natureza da situação subjetiva em relação à qual se requer a tutela, de maneira que haja plena satisfação da necessidade de tutela jurisdicional afirmada pela parte.

9. Se existe direito ao processo adequado, na medida em que tem o cidadão o direito à adequada tutela jurisdicional. Por esta razão, incumbe ao processualista, bem como ao legislador e ao magistrado, otimizar a atuação do processo.

10. Um instrumento processual eficiente é aquele que, desde que bem utilizado, seja apto a compor suficientemente a necessidade da tutela apresentada.

11. Na atualidade, sob o aspecto constitucional não é possível falar-se em direito processual que não esteja a serviço do direito material.

12. No âmbito do direito material, os casos previstos em lei são aqueles a cujos titulares a lei conferiu direito (direito subjetivo), e tendo este se tornado exigível (pretensão), em seguida o próprio direito material conferiu-lhes ação (ação de direito material).

13. A construção de tutelas diferenciadas gira em torno das peculiaridades da demanda ajuizada e das correspondentes adaptações de rito, provimento e cognição.

14. A “tipificação” dos atos processuais decorre do princípio do contraditório, e diz respeito a que a ciência comum pelas partes dos atos e termos

processuais gera a possibilidade de contrariá-los, oportunizando às mesmas eventuais reações aos atos que lhe forem desfavoráveis.

15. Forma é aquilo que dá realidade ao ato processual ou o conjunto de seus aspectos externos, abrangendo o modo e as condições de tempo e lugar para a prática do ato processual. Contudo, se ela é inevitável, o formalismo excessivo, deve ser combatido e evitado.

16. O princípio da instrumentalidade das formas apresenta-se como um flexibilizador do rigorismo decorrente das leis que estabelecem a forma pelo qual o ato processual deve ser praticado.

17. A fungibilidade pode ter como objetivo aferir um dos meios de se adequar a tutela jurisdicional ao caso concreto. Evitando, desse modo, que a exaltação da forma até as últimas conseqüências deponha contra o escopo maior deste instrumento posto à disposição das partes para solução dos conflitos.

18. Podem ser perfeitamente compatibilizados os princípios da fungibilidade e do devido processo legal. O que se faz importante nesta compatibilização, é que não constitua ato de autoritarismo do Estado-juiz, para o que, deve oportunizar as partes manifestarem-se sobre correções e/ou adequações, permitindo que elas influam no convencimento do julgador, no tocante à impossibilidade de aplicação de tal princípio no caso concreto.

19. As expressões adaptabilidade e elasticidade guardam relação direta com o princípio da adequação. Elas permitem ao juiz adaptar, no caso concreto, o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida, sendo, ao nosso ver, a verdadeira adequação ínsita à cláusula do devido processo legal.

20. A criação, pelo legislador, de um procedimento inadequado à realização de determinado direito material, revela-se contrária à própria efetividade

e, portanto, na contramão de todas as tendências e trajetórias atuais que orientam a moderna processualística.

21. A doutrina brasileira tem avançado no tema da adequação do procedimento pelo juiz. A nova geração de processualistas, sob a luz dos postulados constitucionais, tem sustentado a real possibilidade de sua operacionalização.

22. A possibilidade de flexibilidade do procedimento às exigências e características da causa revela-se fundamental para a melhor consecução dos seus fins, numa perspectiva de instrumentalidade do processo.

23. Os modelos procedimentais estrangeiros não podem e não devem ser supervalorizados em detrimento do nosso. Nem tampouco serem simplesmente transplantados para o ordenamento jurídico interno sem maiores aferições. Assim também deve ser no tocante à importação de modelos de flexibilização procedimental.

24. A ampla defesa, por ser mais ampla que o próprio contraditório, constitui limite constitucional e um dos parâmetros para o exercício da adequação da tutela jurisdicional ao caso concreto.

25. Os limites constitucionais impostos à adequação devem ser harmonizados, pelas técnicas interpretativas, para possibilitar uma aproximação do procedimento ao direito material vertido no caso concreto.

26. De nada adiantará promessas de cláusulas abertas ou de supressões ritualísticas, se não houver uma consciência e uma atitude para evitar que o processo constitua um fim em si mesmo.

27. A adequação dos ritos e dos atos ao caso concreto, respeitados os parâmetros de cunho constitucional poderá ser, sem dúvida um “meio de reaproximação entre o direito material e o processo.

28. Dentre os objetivos que orientaram os elaboradores do Projeto de Código de Processo Civil, constata-se a pretensão de se criar um processo menos complexo e mais próximo das necessidades da sociedade brasileira.

29. É tendência no atual processo legislativo que, para evitar o engessamento das leis, o legislador tem se utilizado de técnicas de textura aberta, fundadas em cláusulas gerais e abstratas, princípios e conceitos vagos e indeterminados.

30. Ao menos na Exposição de Motivos inicialmente apresentada, o Projeto de Novo CPC defende que “o juiz tenha o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa”, em consonância com o que foi defendido no presente trabalho.

31. É fato que o Novo Código de Processo Civil que se avizinha não resolverá todos os complexos e angustiantes problemas da prestação jurisdicional brasileira. Contudo, se os seus usuários o utilizarem da forma mais adequada e consentânea com a Constituição Federal, quem sabe um dia poderá se constatar, um processo mais célere, isonômico e justo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Direito material, processo e tutela jurisdicional”, in MACHADO, Fábio Cardoso, e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285 e ss.

_____. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O problema da eficácia da sentença” [ensaio destinado ao livro em homenagem a Giuseppe Tarzia], in *Revista Florense*, vol. 369.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ARMELIN, Donaldo. “Tutela jurisdicional diferenciada”. *RePro* 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. “Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado da do direito material”. In *As garantias do cidadão na Justiça*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ÁVILA, Humberto. “O que é ‘devido processo legal’?”. *Revista de Processo*, v. 33, n. 163, set/2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BACRE, Aldo. *Teoria general del proceso*. V. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*, v. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Direito material e processo”. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CALMON DE PASSOS, J. J. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, s/d.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1, Rio de Janeiro: *Lições de direito processual civil*. V. 1, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. *Direito constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. V. I. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “Por um ensino crítico do direito

constitucional”, in *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. V. I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936.

_____. *Instituições do direito processual civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1969.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. In *Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile* 12/94, ano XLVIII, n. 4.

COUTURE. J. Eduardo. *Introdução do estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro: José Karfino Editor, 1951.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “A denominada ‘situação substancial’ como objeto do processo na obra de Fazzalari”. *RePro* 68/271-282. Out.-dez./1992.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. “Princípio da Adequação Jurisdicional do Processo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, in *Reforma do Processo Civil – Perspectivas Constitucionais*. Coord. Flaviane de Magalhães Barros e José Luis Bolzan de Moraes, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999; 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003; 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. V. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Execução Civil*. 5ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. “O princípio do contraditório”. In *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, 1986.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. v. I, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*. V. 1. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque*

para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Verbetes “ação”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., Coimbra: Armênio Amado Ed., 1979.

KLIPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LACERDA, Galeno. “O Código como sistema legal de adequação do processo”. In *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Theoria e pratica das ações*. V. I. São Paulo: Saraiva & Comp., 1923.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Manual de direito processual civil*. V. 1, ^a ed., tradução e notas de Cândido

Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. “O despacho saneador e o julgamento de mérito”. In *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Processo de Execução*. Araras: Bestbook, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tutela inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003.

MUTHER, Teodor. *Sulla Dottina dell'Actio Romana, Del Odierno Dirittodi Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*. In “Polemica in

tornoall'actio". Trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni.

MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. V. I, São Paulo: Duprat &Comp., 1912.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5ª ed. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São

Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TELLES, José Homem Corrêa. *Doctrina das Acções*, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 27ª ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WINDSCHEID, Bernard. *L'Actio del Diritto Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in *Polemica in torno all'actio*. Trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze:

Sanzoni, 1954.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional e tipicidade (tese de Doutorado)*.