

FDV
MESTADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

DANIEL ROBERTO HERTEL

TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA
JURISDICIONAL: A INSTRUMENTALIDADE
SUBSTANCIAL DAS FORMAS

Vitória - ES

2004

FDV
MESTADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

DANIEL ROBERTO HERTEL

TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA
JURISDICIONAL: A INSTRUMENTALIDADE
SUBSTANCIAL DAS FORMAS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais - Área de concentração: Garantias Constitucionais (Direito Processual), sob a orientação do Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

DANIEL ROBERTO HERTEL

**TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA
JURISDICIONAL: A INSTRUMENTALIDADE
SUBSTANCIAL DAS FORMAS**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque
(Orientador)

Vitória, ES, ____ de _____ de _____.

Dedico esta dissertação:

Aos meus discentes, que constituem uma das fontes de inspiração do meu contínuo aprendizado;

À Jaqueline C. Saiter, companheira de todos os momentos;

Aos meus pais, que, mesmo sem ter estudado o Direito, sempre compreenderam o meu encanto por essa Ciência;

A todos aqueles que, de qualquer forma, contribuem para o enriquecimento da Ciência do Direito.

Agradeço ao Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque, meu orientador nesta dissertação, pela atenção sempre dispensada e, mormente, pelas diretrizes que me ensinou a cultuar sobre o direito processual;

Agradeço, outrossim, aos demais integrantes da Banca Examinadora pela gentileza em aceitar o convite de estar participando da minha defesa.

"O processo sempre foi instrumental. Agora, porém, vigorando como princípio, o instrumentalismo se impõe de forma radicalmente diferente do instrumentalismo clássico. O instrumentalismo não é mais tão nominal e formal, é instrumentalismo a serviço do material e do substancial".

Rui Portanova, 1999.

RESUMO

Trata da instrumentalidade substancial das formas, isto é, da possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às condições da ação e aos pressupostos processuais. Aborda, primeiramente, a evolução dogmática do direito processual, destacando a fase sincrética, a autonomista e a instrumental. Trata, em seguida, das perspectivas e das diretrizes contemporâneas do direito processual, fazendo incursões nos escopos da jurisdição e na relativização do binômio direito e processo. Aborda, outrossim, os diversos conceitos doutrinários de tutela jurisdicional, agrupando-os em classes e aduz, ainda, conceito consentâneo às perspectivas e às diretrizes contemporâneas do direito processual, inclinando-se pela restrição desse conceito ao plano do direito material. Trata da técnica jurídica e, sobretudo, da técnica processual como instrumento hábil à construção de mecanismos que conduzam à tutela jurisdicional. Ressalta, nesse contexto, a instrumentalidade substancial das formas como um mecanismo construído a partir da técnica processual e apto à obtenção da tutela jurisdicional. Trata, em seguida, exaustivamente da instrumentalidade substancial das formas, apartando-a de outros princípios e institutos, esclarecendo, outrossim, a sua aplicabilidade. Estuda a teoria geral das nulidades processuais, diferenciando as nulidades de fundo e de forma, destacando a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas àquelas espécies de nulidades. Conclui, ao final, de maneira circunstanciada, inclinando-se pela necessidade de utilização do princípio da instrumentalidade substancial das formas como um meio de efetivação da tutela jurisdicional.

ABSTRACT

This research treats of the substantial instrumental in the ways, that is to say, of the possibility of application of the principle of the instrumental in the ways to the conditions of the action and to the procedural presuppositions. This research treats, firstly, the dogmatic evolution of the procedural right, highlighting the phase mixed, the autonomist and the instrumental. Soon later, treats the perspectives and the contemporary rules of the procedural right, making incursions in the objectives of the jurisdiction and in the relativization of the binomial right and process. Approach, equally, the several concepts of the doctrine of the protection jurisdictional, containing them in classes and adduces, still, concept aligned to the perspectives and to the contemporary guidelines of the procedural right, leaning on in the restriction from that concept to the plane of the material right. Treats of the artificial technique and, mainly, of the procedural technique as an experienced instrument to the construction of mechanisms that guides to the protection jurisdictional. It highlights, in that context, the substantial instrumental in the ways like an elaborated mechanism the outburst of the procedural and capable technique when obtaining the protection jurisdictional. It tries, soon later, a lot of the substantial instrumental in the ways and separates it of other beginnings and institutes, explaining, equally, his applicability. Treats the general theory of the procedural nullities, differentiating the nullities of bottom and form, highlighting the possibility of application of the principle instrumental in the ways to those species of nullities. Concluded, at the end, highlighting the necessity of use the principle of substantial instrumental in the ways like a means to obtain the protection jurisdictional.

RESUMEN

Trata de la instrumentalidad sustancial de las maneras, es decir, de la posibilidad de aplicación del principio de la instrumentalidad de las maneras a las condiciones de la acción y a las presuposiciones procesales. Aborda, primeramente, la evolución dogmática del derecho procesal, destacando la fase sincrética, la autonomista y la instrumental. Pronto después, trata de las perspectivas y pautas contemporáneas del derecho procesal, haciendo incursiones en los objetivos de la jurisdicción y en la relativización del binomio derecho y proceso. Acerca, igualmente, los varios conceptos de la doctrina de la tutela jurisdiccional, conteniéndolos en clases y el aduce, todavía, concepto consentaneo a las perspectivas y a las directrices contemporáneas del derecho procesal, apoyándose en la restricción de ese concepto al plano del derecho material. Trata de la técnica jurídica y, sobre todo, de la técnica procesal como un instrumento experimentado a la construcción de mecanismos que conduzcan a la tutela jurisdiccional. Destaca, en ese contexto, la instrumentalidad sustancial de las maneras como un mecanismo elaborado el arranque de la técnica procesal y capaz al obtener la tutela jurisdiccional. Trata, pronto después, exhaustivamente de la instrumentalidad sustancial de las maneras y lo separa de otros principios e institutos, explicando, igualmente, la suya aplicabilidad. Estudia la teoría general de las nulidades procesales, diferenciando las nulidades del fondo y formulario, destacando la posibilidad de aplicación del principio de la instrumentalidad de las maneras a esas especies de nulidades. Conclui, al final, de manera circunstanciada, apoyándose en la necesidad del uso del principio de la instrumentalidad sustancial de las maneras como un medio de efectivación de la tutela jurisdiccional.

LISTA DE SIGLAS

Ag - Agravo de instrumento
AgRg - Agravo regimental
CC - Código civil de 2002
CC/16 - Código civil de 1916
CCI - Código civil italiano
CF - Constituição Federal de 1988
CLT - Consolidação das leis trabalhistas
CPC - Código de processo civil de 1973
CPC/39 - Código de processo civil de 1939
CPP - Código de processo penal
EA - Estatuto da advocacia
LACP - Lei de ação civil pública
LAP - Lei de ação popular
LICC - Lei de introdução ao código civil
LJE - Lei dos juizados especiais estaduais
MP - Ministério Público
Resp - Recurso especial
Rext - Recurso extraordinário
RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT - Revista dos Tribunais
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
RESUMEN	9
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL	21
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DO PROCESSO.....	21
2.2 FASES EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL.....	25
2.3 FASE SINCRÉTICA.....	26
2.4 FASE AUTONOMISTA OU CONCEITUAL.....	27
2.5 FASE INSTRUMENTALISTA.....	29
2.5.1 Instrumentalidade negativa	31
2.5.2 Instrumentalidade positiva	32
2.6 PERSPECTIVAS E DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS.....	34
2.6.1 Escopos da Jurisdição	35
2.6.1.1 Escopo jurídico.....	35
2.6.1.2 Escopo social.....	36
2.6.1.3 Escopo político.....	37
2.6.1.4 Análise dos escopos da Jurisdição: o escopo jurídico como síntese dos demais.....	38
2.6.2 Relativização do binômio direito x processo	40
2.6.2.1 Os dois planos do ordenamento jurídico.....	41
2.6.2.2 A relação de instrumentalidade entre os dois planos.....	42
2.6.2.3 A efetiva aproximação do processo ao direito material.....	44
2.7 A INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS NA ESTEIRA DAS PERSPECTIVAS E DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS.....	46
CAPÍTULO III - TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA PROCESSUAL	47
3.1 TUTELA JURISDICIONAL.....	47
3.1.1 Relevância da delimitação conceitual da tutela jurisdicional para a	

ciência processual	48
3.1.2 Conceituação da tutela jurisdicional	49
3.1.2.1 Contribuição de Enrico Tullio Liebman.....	49
3.1.2.2 Contribuição de José Roberto dos Santos Bedaque.....	50
3.1.2.3 Contribuição de Cândido Rangel Dinamarco.....	51
3.1.2.4 Contribuição de Luiz Guilherme Marinoni.....	52
3.1.2.5 Contribuição de Teori Albino Zavascki.....	53
3.1.2.6 Contribuição de Flávio Luiz Yarshell.....	54
3.1.3 Classificação das diversas conceituações	56
3.1.4 Análise dos conceitos de tutela jurisdicional: o conceito consentâneo às perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual	57
3.1.5 Tutela jurisdicional e a instrumentalidade substancial das formas	60
3.2 TÉCNICA PROCESSUAL	60
3.2.1 Técnica jurídica	61
3.2.2 Técnica processual	62
3.2.2.1 Técnica de elaboração.....	63
3.2.2.2 Técnica de conhecimento.....	63
3.2.2.3 Técnica de interpretação.....	64
3.2.3 Auxílio da lógica: instrumento para raciocínio do processo	65
3.3 EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ATRAVÉS DA TÉCNICA PROCESSUAL	66
3.3.1 Crise do Judiciário, tutela jurisdicional e técnica processual	67
3.3.2 A busca de soluções endoprocessuais através da técnica de interpretação	67
3.3.3 A instrumentalidade substancial das formas como forma de efetivação da tutela jurisdicional	68
CAPÍTULO IV - INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS	69
4.1 TEORIA GERAL DAS NULIDADES PROCESSUAIS	70
4.1.1 Considerações iniciais: formas processuais e formalismo	71
4.1.2 Sistemas que regem as nulidades	73
4.1.3 Os planos da existência, validade e eficácia	75
4.1.4 Nulidades ou invalidades?	79

4.1.5 Espécies de nulidades	80
4.1.5.1 Consideração prévia: a inaplicabilidade do sistema das nulidades de direito privado ao direito processual.....	80
4.1.5.2 Pluralidade de classificações ou sistematizações	83
4.1.5.3 Tipologia clássica das nulidades.....	83
4.1.5.3.1 <i>Inexistência</i>	84
4.1.5.3.2 <i>Nulidade absoluta</i>	85
4.1.5.3.3 <i>Nulidade relativa</i>	86
4.1.5.3.4 <i>Anulabilidade</i>	86
4.1.5.3.5 <i>Irregularidade</i>	87
4.1.5.4 Tipologia simplificada das nulidades.....	88
4.1.5.4.1 <i>Inexistência</i>	89
4.1.5.4.2 <i>Nulidade absoluta</i>	90
4.1.5.4.3 <i>Nulidade relativa</i>	91
4.1.5.4.4 <i>Irregularidade</i>	91
4.1.5.5 Análise das tipologias das nulidades.....	91
4.1.6 As nulidades de forma e de fundo (substância)	93
4.1.6.1 Conteúdo da classificação.....	93
4.1.6.2 Relevância da distinção.....	94
4.1.7 Princípios que regem as nulidades	94
4.1.7.1 Legalidade e liberdade das formas.....	95
4.1.7.2 Economia processual.....	96
4.1.7.3 Interesse.....	97
4.1.7.4 Preclusão.....	98
4.1.7.5 Causalidade.....	98
4.1.8 Princípio magno: a instrumentalidade das formas	100
4.1.8.1 Conteúdo.....	101
4.1.8.2 Previsão legal.....	102
4.1.8.3 Elevada carga axiológica e principiológica (princípio dos princípios).....	103
4.1.8.4 Consideração proclamada no IX Congresso Mundial de Direito Processual.....	104
4.1.8.5 Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.....	105
4.1.8.6 A limitação injustificável da sua aplicação às nulidades não cominadas	

(nulidades relativas e anulabilidades).....	106
4.2 REPENSANDO O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.....	109
4.2.1 Justificativas.....	109
4.2.1.1 Solução endoprocessual para a efetivação da tutela jurisdicional.....	109
4.2.1.2 Redimensionamento consentâneo com as diretrizes e perspectivas contemporâneas do direito processual.....	110
4.2.1.3 Maximização do sentido e alcance das regras que relativizam as nulidades processuais.....	111
4.2.1.4 Forma de operacionalização do processo sem antepô-lo à justiça.....	113
4.2.2 A instrumentalidade substancial das formas.....	113
4.3 CONTEÚDO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS.....	114
4.3.1 Conteúdo <i>stricto sensu</i> da instrumentalidade substancial das formas...	114
4.3.1.1 Horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas.....	114
4.3.1.2 Advertência: permanência no sistema processual das condições da ação e dos pressupostos processuais.....	117
4.3.1.3 A relevância do binômio prejuízo x finalidade.....	117
4.3.1.4 O prejuízo no plano processual (violação do contraditório) e no plano material.....	120
4.3.2 Instrumentalidade substancial das formas e instrumentalidade das formas.....	122
4.3.3 Instrumentalidade substancial das formas e instrumentalidade do processo.....	122
4.3.4 Instrumentalidade das formas e instrumentalidade do processo.....	123
4.4 APLICAÇÃO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS.....	123
4.4.1 Advertência prévia: impossibilidade de generalização da sua aplicação.....	124
4.4.2 Hipóteses de aplicação.....	125
4.4.2.1 Em relação aos pressupostos processuais.....	125
4.4.2.1.1 <i>Petição inicial apta</i>	126
4.4.2.1.2 <i>Citação válida</i>	129
4.4.2.1.3 <i>Capacidade processual</i>	132
4.4.2.1.4 <i>Capacidade postulatória</i>	135
4.4.2.1.5 <i>Competência</i>	138

4.4.2.1.6 <i>Inexistência de litispendência e de coisa julgada</i>	140
4.4.2.2 Em relação às condições da ação.....	142
4.4.2.2.1 <i>Legitimidade ad causam</i>	143
4.4.2.2.2 <i>Interesse de agir</i>	148
4.4.2.2.3 <i>Possibilidade jurídica do pedido</i>	151
4.5 INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	155
4.5.1 Devido processo legal como expressão do formalismo	155
4.5.2 A aparente incompatibilidade entre o princípio do devido processo legal e o da instrumentalidade substancial das formas	156
CAPÍTULO V - CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	165

1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios da civilização, quando o Estado ainda não estava consolidado, os conflitos entre os particulares eram resolvidos por eles próprios. A inexistência de um ente soberano, detentor do poder, culminou no regime da autotutela ou da justiça privada, quando as próprias pessoas resolviam entre si os seus conflitos de interesses.

Esse regime caracterizou-se pela imposição da decisão de uma das partes à outra, ou seja, pela imposição da decisão do mais forte ao mais fraco. Caracterizou-se, outrossim, pela inexistência de juiz distinto das partes envolvidas no conflito, que pudesse alvitrar uma solução imparcial. Os males do sistema eram evidentes, já que nem sempre aquele que estava em situação regular tinha o seu direito tutelado.

Em dado momento da história, contudo, e já com o Estado suficientemente fortalecido, esse ente, prevendo que a sua própria existência condicionava-se à solução de conflitos, avocou para si a atribuição de solucioná-los. Monopolizou-se, então, a composição dos conflitos num ente soberano, passando o órgão estatal a prestar, com exclusividade, uma atividade de solução dos conflitos, denominada de jurisdicional.

Para prestar essa atividade, o Estado desenvolveu um instrumento, o qual se convencionou denominar processo¹. Tal instrumento seria deflagrado, ou seja, inaugurado, através de um outro mecanismo - a ação. É bastante nítida a inter-relação desses elementos - jurisdição, ação e processo²: a jurisdição é provocada pela ação e, uma vez deslocada de sua inércia, desenvolve-se através do processo.

¹ Note-se que o surgimento do processo está intimamente relacionado à necessidade de criação de um instrumento para a prestação da atividade de composição de conflitos. A sua finalidade teleológica é demasiado evidente.

² Registre-se que as bases do direito processual estão edificadas sobre os três institutos citados: jurisdição, ação e processo. A esse conjunto de conceitos, a doutrina denominou "trilogia estrutural do direito processual". Essa é a orientação de PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963. p. 334 et seq. No Brasil, há orientação no sentido de que os institutos fundamentais do processo são quatro: jurisdição, ação, processo e defesa. Nesse sentido é a orientação de DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001b. t. 1. p.

A finalidade para a qual esses institutos foram concebidos relaciona-se intimamente à necessidade de composição dos conflitos entre os particulares ou entre os particulares e o Estado. Nem sempre, porém, esse desiderato é atingido. Uma vez não preenchidas as condições para o regular exercício do direito de ação ou mesmo não preenchidos os pressupostos de existência e validade do processo, por exemplo, o Estado-juiz deixará de solucionar o mérito do conflito levado à sua apreciação.

Nota-se, nesse particular, que certos aspectos formais da atividade jurisdicional poderão sobrepor-se à efetiva resolução do conflito, ou seja, à solução do mérito com a respectiva aplicação do direito material. Assim, a finalidade para a qual aqueles institutos foram idealizados, nesse caso, não será lograda. A lide³ não será solucionada, e o conflito permanecerá existindo, sem que tenha sido prestada a tutela jurisdicional⁴. Desponta, aqui, a necessidade de efetiva aproximação do direito processual ao material⁵.

No direito processual civil brasileiro existe uma norma de grande relevo, intitulada de princípio da instrumentalidade das formas⁶. Tal princípio apregoa que se um ato atingiu o seu fim, ainda que não seja observada a forma que fora prescrita na lei, o

111. Essa mesma orientação pode ser encontrada na obra de MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17-33.

³ Lide é o "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". Essa é a orientação de CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 78. A alocação do conceito de lide como pretensão resistida deduzida em juízo não é de Carnelutti, mas sim de Liebman. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 121. No mesmo sentido: Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 30-31.

⁴ O tema da tutela jurisdicional será analisado no capítulo III desta dissertação. Por ora, adiante-se que, havendo extinção do processo sem apreciação do mérito, não terá sido prestada a tutela jurisdicional.

⁵ A efetividade do direito passa, dentre outros aspectos, pela idéia de aproximação do direito processual ao material. Nesse sentido: "[...] Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que se constitua em instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 181, 2002).

⁶ O princípio da instrumentalidade das formas está previsto no art. 244 do CPC, que reza o seguinte: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

magistrado deverá considerá-lo como válido. Esse princípio está em perfeita consonância com a finalidade para a qual foi concebida a atividade jurisdicional. A sua aplicação, contudo, tem sido circunscrita estritamente à esfera de certas categorias de nulidades processuais (as de forma - sobretudo, as nulidades relativas e as anulabilidades). Essa limitação, como se demonstrará, é injustificável.

O que se pretende nesta dissertação, então, é defender a possibilidade de extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às condições da ação e aos pressupostos processuais (nulidades de fundo). Como dito, não há por que se limitar a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas apenas ao campo das nulidades de forma dos atos processuais.

Há necessidade, portanto, de horizontalizar, isto é, de maximizar a extensão do princípio da instrumentalidade das formas: a instrumentalidade não deve ser meramente formal, mas sim substancial⁷. Tal perspectiva, inclusive, como se verá, coaduna-se com a evolução do direito processual, assim como com as suas diretrizes contemporâneas, aproximando o direito processual ao material.

Para envidar tal desiderato, num primeiro momento, fez-se necessário adentrar no estudo da evolução dogmática do direito processual. Na verdade, o estudo das fases que trespassou o direito processual permite compreender, com segurança, as perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual⁸. Ressaltaram-se, nesse particular, os escopos da Jurisdição, assim como a necessidade de relativização do binômio direito x processo.

⁷ O termo "instrumentalidade substancial" já vem sendo empregado por alguns autores. Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1999. p. 49; WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 16; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual (de acordo com a Constituição de 1988)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 178; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. p. 50; MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

⁸ Importantes diretrizes para o direito processual foram delineadas a partir da fase instrumental. É relevante, pois, que todos os princípios e institutos processuais sejam repensados a partir da perspectiva instrumentalista, adaptando-se a técnica já desenvolvida a essa nova diretriz. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 31-39, 1990.

Num segundo momento, o estudo da tutela jurisdicional e da técnica processual foi realizado. As tendências contemporâneas do direito processual implicam na necessidade de se delimitar o conceito de tutela jurisdicional em qualquer estudo profuso que seja feito sobre o direito processual. Com efeito, sendo a tutela jurisdicional um fim, é imprescindível bem compreendê-la e delimitá-la para que não se enverede por sendas que atingirão fins não esperados.

Uma vez compreendida a essência da tutela jurisdicional, há necessidade de compreender-se a técnica que permitirá atingir aquele fim. O estudo da técnica processual, nesse particular, demonstrou-se como imprescindível. Na verdade, a relação é de meio e fim: a tutela jurisdicional é o fim, que poderá ser alcançado através de um meio - a técnica processual.

A partir do estudo da técnica processual, é possível perceber que algumas soluções endoprocessuais⁹ podem ser buscadas para alcançar-se a tutela jurisdicional. Nesse contexto, desponta a possibilidade de redimensionamento do conteúdo do princípio da instrumentalidade das formas. Eis o objeto do capítulo seguinte: construir a instrumentalidade substancial das formas a partir de uma extensão do conteúdo clássico do princípio da instrumentalidade das formas, de modo a aplicá-lo aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Destacou-se, então, nesse capítulo, algumas considerações sobre a teoria geral das nulidades processuais. Concedeu-se, contudo, especial enfoque para o princípio da instrumentalidade das formas, analisando-se a sua elevada carga axiológica no direito processual. Em seguida, foi realizado um estudo sobre a necessidade de ser repensado o princípio da instrumentalidade das formas, culminando-se na construção de um outro princípio: o da instrumentalidade substancial das formas.

⁹ Refiro-me a uma solução endoprocessual, pois prescinde de reforma legislativa para sua efetivação. Na verdade, algumas soluções para os problemas da efetividade do processo podem ser encontradas dentro do próprio sistema, necessitando-se apenas de mudança na mentalidade dos operadores do direito. Ressalte-se, inclusive, que um dos mitos do direito processual constitui-se na crença de que a duração excessiva dos feitos decorre exclusivamente da legislação processual. Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In:_____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4. Registre-se, contudo, a existência de orientação em sentido contrário: DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 25, n. 97, p. 213-225, 2000.

O conteúdo do princípio da instrumentalidade substancial das formas, então, foi aduzido, assim como a sua aplicação pragmática aos pressupostos processuais e às condições da ação. Não se olvidou, outrossim, de proceder à diferenciação entre instrumentalidade das formas, instrumentalidade substancial das formas e instrumentalidade do processo.

Ainda, uma breve incursão em relação ao princípio do devido processo legal foi realizada, tendo em vista que o redimensionamento da instrumentalidade das formas pode aparentemente violar o precitado postulado. O devido processo legal, assim, foi apresentado na sua exata dimensão, a fim de se evitar qualquer compreensão em sentido diverso.

Ao final, esboçou-se conclusão de maneira circunstanciada sobre todo o exposto, enfatizando-se a necessidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas como um dos meios aptos a propiciar a tutela jurisdicional. Desde já, ressalte-se o despropósito em esgotar, exaurir o assunto, o que seria demasiado pretensioso para os limites desta dissertação.

2 EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL

O direito processual sofreu, ao longo da história, profusas modificações. A clareza da finalidade do processo - tão ostensiva, para alguns, nos dias atuais - foi resultado de muitos anos de evolução. Na verdade, a dogmática processual migrou de um critério eminentemente epistemológico para um critério de base utilitarista e teleológico. E a importância dessa evolução é notória¹⁰.

Com efeito, o conhecimento das fases pelas quais o direito processual trespassou permite ao operador do direito apreender a exata dimensão e finalidade do processo nos dias atuais. E é a partir dessa evolução, isto é, da consciência dessas alterações pelas quais o direito processual passou, que o processualista poderá redimensionar certos institutos processuais, adequando-os à sua realidade. Nesse sentido, inclusive, pode-se aduzir o seguinte:

Pela soma de informações que fornece à mais exata inteligência das instituições processuais, faz-se utilíssimo o estudo da sua evolução histórica. Essa a razão deste capítulo, que mais extenso e profundo mais proveitoso seria¹¹.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DO PROCESSO

Nem sempre a jurisdição apresentou-se como hoje ela é conhecida e apreendida. Longa foi a sua evolução, migrando-se de um regime no qual preponderava a autodefesa para o do monopólio estatal de solução dos conflitos. Nos primórdios da civilização, os conflitos que surgiam entre as pessoas não eram solucionados pelo Estado. Na verdade, nem mesmo Estado existia, a despeito de já existir o direito.

¹⁰ Destaque-se, inclusive, que a teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à idéia do histórico. Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas. Nesse sentido é a lição de MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 20-21.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 37.

Nesse período, a solução dos conflitos era feita pelas próprias pessoas envolvidas no estorvo, vez que inexistia um ente soberano, com poder para ditar a solução. A solução para os conflitos de interesses, então, era adotada entre as próprias pessoas envolvidas no conflito, o que nem sempre era feito num regime civilizado.

Com a formação do Estado, no entanto, este se apercebeu da necessidade de avocar para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses. Na verdade, a própria existência do Estado estava condicionada à solução desses conflitos, vez que estes poderiam, de fato, culminar até mesmo na própria destruição daquele.

Os relatos históricos, assim, demonstram que nem sempre o Estado exerceu o domínio sobre o poder de dizer o direito no caso concreto. Ao contrário, no período primitivo, a organização social limitava-se a estabelecer os direitos e as obrigações dos indivíduos nos grupos sociais, sem a existência de uma estrutura organizada apta a garantir a aplicação efetiva das normas.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, ainda como não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares)¹².

O regime então instituído era o da autotutela¹³. Não se assegurava a justiça, mas sim um sistema aleatório e precário, no qual preponderava o interesse do mais astuto ou forte. Esse regime caracterizou-se por dois fatores fundamentais: a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra¹⁴.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 21.

¹³ "No emprego da própria força dos litigantes se descobre outro meio de composição ou prevenção da lide. Trata-se da autodefesa ou autotutela (tutela, tudo o que defende ou protege; de *tueri*, olhar, ameaçar; logo, defender com força), através da qual um dos contendores subjuga o outro, para satisfazer sua pretensão. Do uso das mãos ao tacape, da ameaça a toda sorte de atos de brutalidade física ou psíquica, o homem sempre se valeu da sua força para alcançar seus propósitos. O emprego da força bruta, comum nos grupos primitivos, foi-se metamorfoseando, sofisticando, requintando, através dos tempos, e, se ainda não abandonado de todo, como revela a observação do panorama social, o homem se prevalece de métodos menos ostensivos mas igualmente eficazes para alcançar os bens do mundo" (BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 15.).

¹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; loc. cit.

Nesse período, cada indivíduo que se achasse detentor de um direito tinha legitimidade para exercer a justiça contra o seu devedor. Na realidade, a "justiça privada" ou "autotutela" apenas servia como instrumento de vingança, com a qual o mais forte sempre impunha a sua vontade contra o mais fraco e, conseqüentemente, saía vencedor do conflito¹⁵.

Aos poucos, contudo, os indivíduos foram se apercebendo dos males desse sistema. Como ressalta Calamandrei¹⁶, foi fácil compreender que "o emprego da força privada como meio de defesa do direito constitui a negação de todo direito ou convivência social pacífica". A partir dessa compreensão, começou-se a preferir não mais soluções parciais, mas sim soluções amigáveis e imparciais prolatadas por árbitros. No geral, essa tarefa era cometida a sacerdotes ou anciões do grupo social no qual estavam inseridos os contendores. As decisões dos árbitros pautavam-se no consenso da coletividade, ou seja, nos costumes.

O sistema evoluiu de uma arbitragem inicialmente facultativa, na qual as partes escolhiam o árbitro para solucionar o litígio, para uma arbitragem obrigatória, com a nomeação do árbitro pelo próprio Estado. Aos poucos foram surgindo regras próprias para solução dos conflitos, desenvolvendo-se a atividade legiferante do Estado¹⁷.

À medida que o Estado foi se consolidando e se afirmando, gradativamente foi ele também absorvendo as soluções dos conflitos entre os particulares. O sistema da justiça privada, então, evoluiu para o sistema da justiça pública. O Estado, uma vez suficientemente fortalecido, pôde impor aos seus súditos, independentemente da

¹⁵ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. São Paulo: Manole, 2003. p. 45.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. v. 1. p. 189.

¹⁷ Na verdade, como lembra Edson Prata, "somente com o surgimento da idéia de Estado, ainda que organizado timidamente, em relação ao que hoje entendemos por Estado, é que foi desaparecendo a autodefesa, primeiramente pelo advento da arbitragem e, depois, pela defesa assumida pelo poder público. A história da luta contra a autodefesa, de certa forma, confunde-se com a própria história do Estado e da civilização humana" (PRATA, Edson. **Jurisdição voluntária**. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 1979. p. 52).

respectiva aceitação, as suas decisões. Aos poucos, portanto, desenvolveu-se a jurisdição¹⁸, e proibiu-se a autotutela¹⁹.

Com a consolidação da jurisdição, tornou-se imperiosa a elaboração de um meio, de uma forma, ou seja, de um instrumento para o desenvolvimento daquela atividade de composição de conflitos. Tal instrumento constitui-se no chamado processo^{20 21}, um dos pilares do direito processual, isto é, um dos elementos que compõe a trilogia estrutural do direito processual.

Ora, o Judiciário para cumprir a função jurisdicional, precisa exercer uma atividade, realizar um trabalho. Enfim, praticar uma série de operações tendentes a alcançar essa finalidade, que é a concretização do direito em última instância. Pois bem, essa atividade que o Judiciário realiza para concretizar o direito em última instância é, exatamente, aquilo que denominamos de processo. Daí dizer a doutrina que o processo é o instrumento da jurisdição, exatamente, porque é através do processo que se cumpre a função jurisdicional²².

¹⁸ Como lembram Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 23 e 24) "é claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de maneira que a descrição feita no texto constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas".

¹⁹ No âmbito do direito ocidental, tem-se notícia de que a primeira proibição de autodefesa apareceu no reinado de Marco Aurélio, com o "decretum Divi Marci", pelo qual se castiga com a perda do direito o credor que, sem recorrer ao juiz, faz o devedor lhe pagar a dívida com o emprego da violência (Digesto XLVIII, 7, 2), e em um reescrito posterior dos imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, que estendeu a proibição também aos direitos reais (PRATA, 1979, p. 52).

²⁰ Registre-se que o processo moderno deriva em grande parte do processo romano, mais evoluído do que o germânico. Sobre o processo civil romano, conferir a obra de TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 254 p. De qualquer sorte, embora o processo romano tenha sido mais evoluído do que o germânico, não se pode considerar que em Roma tenha existido uma literatura processual, como lembra Alcalá-Zamora y Castillo (apud LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 7. ed. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1987. p. 81).

²¹ Segundo Bedaque, "se a jurisdição é a atividade estatal destinada à atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto da legitimidade do provimento e imprescindível à correta imposição da norma ao caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se visa a um provimento justo, ou seja, que represente a correta formulação e imposição da regra concreta" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b. p. 68). Segundo Couture, o processo "resulta ser, em este sentido, en el cumulo de actos de la conducta jurídica, un medio idoneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses com relevancia jurídica" (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002. p. 9).

²² ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 167.

2.2 FASES EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL

Tecidas essas breves considerações sobre a história do processo, cumpre agora analisar as fases evolutivas do direito processual²³, ou seja, a periodização da sua evolução histórica. Na verdade, o direito processual foi estudado, ao longo da história, segundo perspectivas metodológicas diversas, o que lhe imprimia finalidades e objetivos também distintos.

A importância da compreensão dessa evolução é ostensiva. Com efeito, ela possibilita que o processualista não enverede, em seus estudos, por sendas já superadas, adotando premissas e métodos de análises já defasados. O estudioso do processo que se arrisca a estudar a sua ciência, sem antes conhecer as suas fases evolutivas, experimentará o risco de defender teses já superadas e em manifesto confronto com as tendências contemporâneas.

Várias são as periodizações alvitradas para o estudo da evolução da dogmática processual. Lara²⁴, citando Alcalá-Zamora y Castillo, divide a evolução do pensamento e da literatura processual nas seguintes fases: a) fase primitiva; b) fase da literatura romana; c) fase da escola judicialista; d) fase da escola praticista; e) fase da escola procedimentalista e f) fase do processualismo científico.

De qualquer sorte, tendo em vista os objetivos deste trabalho²⁵, adotar-se-á, aqui, divisão um pouco diversa. De acordo com a doutrina²⁶, as fases evolutivas do direito

²³ Registre-se que a evolução da doutrina processual foi objeto de estudo em trabalhos científicos. Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1974. t. 2. 694 p. Conferir, também, a obra de GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. t. 1. 499 p.

²⁴ LARA, 1987, p. 81.

²⁵ Não se pretende, neste trabalho, estudar de modo meticuloso a evolução da dogmática processual. Na verdade, o capítulo referente à evolução do direito processual tem a finalidade de propiciar ao leitor o conhecimento das bases metodológicas das fases do direito processual. Esse conhecimento é de suma relevância para a exata compreensão da idéia que será aqui defendida sobre a instrumentalidade substancial das formas, vez que ela se alinha perfeitamente à terceira fase evolutiva do direito processual, ou seja, a fase instrumental.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003a. p. 17-26. No mesmo sentido: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 42-45.

processual podem ser agrupadas da seguinte forma: a) fase sincrética; b) fase autonomista ou conceitual e c) fase instrumental²⁷.

2.3 FASE SINCRÉTICA

A primeira fase metodológica do direito processual é a sincrética, que se estendeu até meados do século XIX. Durante esse período, o direito processual foi considerado como um mero apêndice do direito material. Na verdade, o direito processual estava imiscuído no próprio direito material - daí a expressão sincrética - apresentando cunho meramente secundário.

É dessa época que decorre o emprego da expressão direito adjetivo²⁸ para designar o direito processual, em verdadeira contraposição ao direito substantivo, isto é, ao direito material. Hoje, essas expressões - mormente, direito adjetivo - são inteiramente defasadas, já que não se coadunam com a autonomia que o direito processual alcançou²⁹.

Uma das mais sintomáticas características desse sincretismo inicial, responsável pela colocação do sistema processual nos quadrantes do direito privado, era a visão do processo como mero modo de exercício dos direitos. Para ilustrar esse pensamento disse conceituado romanista já nos albores do século XX: *'sendo proprietário de uma coisa, eu posso vendê-la, doá-la, constituir servidões ou hipotecas sobre ela. Posso enfim realizar uma longa série de atos jurídicos e ao realizá-los exerço a minha propriedade, porque esta é o pressuposto da possibilidade de realizar tais atos jurídicos [...] Está incluída entre estes a ação com a qual se garante a relação jurídica: quem propõe a ação está a exercer o próprio direito, justamente porque a defesa do direito é um elemento constitutivo dele próprio'* (Vittorio Scialoja)³⁰.

²⁷ Essa divisão tem sido adotada por parte da doutrina. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002. v. 1. p. 8-10. No mesmo sentido: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 27 et seq.

²⁸ Segundo Siqueira (1997, p. 28), "os juristas não tinham um objeto específico para suas pesquisas, daí falar-se no processo como apêndice ou compartimento do Direito Civil, sendo deste um adjetivo".

²⁹ A rigor, apenas a expressão "direito adjetivo" é de todo inadequada. A expressão "direito substantivo" pode ser utilizada para designar o direito material, desde que, ao se fazer uso dessa expressão, não se entenda o direito processual como um "direito adjetivo".

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003b. v. 1. p. 255.

2.4 FASE AUTONOMISTA OU CONCEITUAL

A fase autonomista ou conceitual compreendeu o período de meados do século XIX até meados do século XX. O marco inicial dessa fase foi a publicação da obra de Oskar von Bülow, intitulada *Die Lehre von der Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen* (Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais), datada de 1868³¹.

Em seu famoso livro, as páginas iniciais é que prestaram todo esse serviço ao direito processual. Destacam-se três pontos básicos de seu pensamento inovador: a) crítica ao excessivo peso tradicionalmente dado pela doutrina ao sentido etimológico do vocábulo processo (*pro-cedere* - caminhar avante) e ao exame puramente formal apenas daquilo que ele tem de mais visível (supra, n. 29, parte inicial); b) afirmação de uma relação jurídica entre os sujeitos do processo, ou seja, a relação processual; c) proposta de sistematização dos estudos processuais a partir da observação da existência dessa relação, que com a *res litigiosa* não se confunde e merece trato diferente³².

De qualquer modo, o principal mérito de Bülow foi ter reconhecido a existência de uma relação paralela à de direito material, na esfera do processo³³. O reconhecimento da relação jurídica de direito processual foi, incontestavelmente, de suma relevância para a autonomia do direito processual. Na verdade, a relação jurídica de direito material não se confunde com a relação jurídica de direito processual em função de três elementos essenciais: os sujeitos, o objeto e os pressupostos.

³¹ A doutrina é praticamente uníssona quanto a esse marco inaugural. Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1974, p. 308; DINAMARCO, 2003b, p. 255; CÂMARA, 2002, p. 9; GUIMARÃES, 1997, p. 30-31. É bem verdade que alguns autores destacam também a célebre polêmica travada entre os romanistas alemães Windscheid e Muther, em 1856 e 1857, sobre o conceito de ação. Essa, por exemplo, é a orientação de LARA, 1987, p. 84. Nesse mesmo sentido, ressalta Bedaque (2001a, p. 23) que "tanto a polêmica Windscheid-Muther quanto a obra de Bülow tiveram também o mérito de chamar a atenção para a existência do binômio direito-processo, ou seja, para a distinção entre o plano material e o processual do ordenamento jurídico [...]".

³² DINAMARCO, 2001b, p. 87

³³ Dinamarco (2001b, p. 88), no entanto, ressalta que "Von Bülow não foi, na realidade, o primeiro a ter a intuição da existência dessa relação jurídica. Antes dele, já tinha sido feita uma referência a ela, na obra de Bethmann-Hollweg, que ele cita. Muito antes, dissera Búlgaro, e não constituía segredo para os estudiosos, que *judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei*. E as Ordenações do Reino consignavam: 'três pessoas são per direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda' (L. III, XXX, pr.)". No mesmo sentido, cf. BEDAQUE, 2001a, p. 23.

A relação jurídica de direito material tem como sujeitos o credor e o devedor; a de direito processual, autor, réu e juiz. Eis, portanto, o primeiro traço diferenciador das duas relações. Do mesmo modo, os objetos de ambas as relações também são distintos: a de direito material tem por objeto o próprio bem da vida demandado, enquanto a de direito processual, a atuação do juiz no processo.

Por fim, também não se confundem em função dos seus pressupostos, já que os pressupostos da relação de direito material são distintos dos pressupostos da relação de direito processual. Os pressupostos da relação jurídica de direito material são os mesmos pressupostos dos negócios jurídicos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Estão elencados no art. 104 do CC. Já os pressupostos da relação jurídica de direito processual são os seguintes: competência, petição inicial apta, citação válida e regular, capacidade postulatória, capacidade processual etc.

A partir do reconhecimento da não identidade das relações de direito processual e de direito material, o direito processual pôde desenvolver-se de modo autônomo e ganhou foros de cientificidade. Por outras palavras: foi a partir do reconhecimento de duas relações jurídicas situadas em planos distintos (material e processual) que o direito processual deixou de ser um mero apêndice do direito material.

Nota-se, portanto, que essa fase caracterizou-se pelo extraordinário desenvolvimento científico do direito processual. Na verdade, foi exatamente nesse período que os institutos fundamentais do direito processual desenvolveram-se no plano epistemológico. O direito processual ganhou plena autonomia científica, sendo definitivamente apartado do direito material. Nesse sentido, pode-se trazer à colação o seguinte:

[...] Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, nas investigações em torno do conceito de ação, permitindo chegar até à afirmação de seu caráter abstrato, o que constitui o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia. Além disso, permitiu também toda a exploração desse campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que é o dos fatos e situações jurídicas do processo: surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece³⁴.

³⁴ DINAMARCO, 2003a, p. 20.

2.5 FASE INSTRUMENTALISTA

Na fase autonomista, o direito processual praticamente não se havia desenvolvido. Em contrapartida, durante o período científico, o desenvolvimento da ciência processual, como visto, foi extraordinário. De qualquer modo, deve-se ressaltar que o extremo de uma ciência, ou seja, o grande desenvolvimento epistemológico, por si só, pode desaguar em entraves de ordem pragmática³⁵.

A extraordinária evolução científica do direito processual durante a fase científica, de fato, redundou na adoção de perspectivas metodológicas separadas da realidade sensível, isto é, do plano pragmático. Os institutos fundamentais do direito processual passaram a ser estudados de maneira isolada da realidade social na qual projetavam seus efeitos. Na verdade, a fase científica do direito processual culminou na construção de um verdadeiro tecnicismo processual³⁶.

Assim, a despeito de a fase científica ter contribuído para o desenvolvimento do direito processual - com a respectiva construção de seus grandes institutos, como a ação, a jurisdição e o processo -, faltou-lhe uma postura crítica, isto é, analítica do seu objeto e finalidade. Na verdade, o encanto pela beleza dos institutos processuais³⁷ apartou o processualista da necessidade de inserção do seu objeto - o processo - na realidade social.

A necessidade de mudança, então, tornou-se evidente. O exagerado desenvolvimento da ciência processual deveria ser redimensionado à luz da própria finalidade dessa ciência e da realidade fática. A necessidade de compreensão do

³⁵ Cf. RÚA, Fernando de la. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 8.

³⁶ Não se está criticando, aqui, a técnica processual, mas sim o tecnicismo processual, isto é, a utilização da técnica processual por si só, apartada da realidade social. Nesse sentido, pode-se, inclusive, citar o seguinte: "[...] Renegar a técnica decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar nossa ciência, nem converter o avanço científico em fermento da Justiça" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In:_____. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23.). Sobre a técnica processual, cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE editora, 2001. 219 p.; COUTURE, 2002, p. 395-403.

³⁷ Ressalta Siqueira (1997, p. 39) que "os processualistas da fase autonomista, tal como os aldeãos do romance de HERMAN BROCH, foram como que tomados pelo irresistível encantamento pela riqueza e pelo ofuscante brilho de suas descobertas".

processo como instrumento de uma atividade - propiciadora de resultados fáticos e não meramente epistemológicos - impôs-se de modo absoluto.

Tornou-se, portanto, exigência premente o despertar de uma nova onda renovatória nos estudos em processualística, na qual os juristas passariam a pensar e fazer o processo de forma crítica, atentos na busca da real eficácia do sistema, tão cuidadosamente erguido nas últimas décadas³⁸.

A partir da segunda metade do século XX, então, os estudos sobre direito processual passaram a direcionar-se em outra linha metodológica³⁹. Na verdade, a concepção teleológica, finalista, ou seja, instrumental do processo passou a ser efetivamente o pólo metodológico da dogmática processual. O processo deve ser analisado sob ótica de resultados.

Com tudo isso, chegou-se o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções⁴⁰.

A importância dessa fase para os estudos de direito processual é notória. Na verdade, hoje, qualquer estudo de direito processual que estiver apartado da concepção instrumental estará fadado à inutilidade. Como registra Bedaque⁴¹, "o caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito"⁴².

³⁸ GUIMARÃES, 1997, p. 39.

³⁹ Analisando essa mudança de enfoque, Grinover tece a seguinte consideração: "O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer" (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 6.). No mesmo sentido, pode-se colacionar o seguinte escólio: "Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1. p. 8).

⁴⁰ DINAMARCO, 2003a, p. 22.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11.

⁴² Na doutrina, de forma isolada, Calmon de Passos tece críticas veementes à concepção instrumental do processo. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte: "[...] O que pode ter sido pensado

Nesse contexto, o operador jurídico passa a ter o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista⁴³. Da mesma forma, a legislação processual deve ser sempre adequada, através de reformas, à terceira fase da evolução dogmática do direito processual⁴⁴. De qualquer sorte, a tarefa mais importante cabe ao operador do direito que deve, independentemente de reformas na legislação processual, adequar o sistema processual ao pensamento moderno⁴⁵.

2.5.1 Instrumentalidade negativa

A fase instrumental pode ser analisada sob duas óticas: a da instrumentalidade negativa e a da instrumentalidade positiva⁴⁶. Na verdade, essa dicotomia permite apartar duas concepções da fase instrumental que muitas vezes são analisadas de forma unitária.

A instrumentalidade negativa refere-se à necessidade de se considerar o processo não como um fim, mas sim como um meio. Daí a idéia de instrumentalidade

com boas intenções, na prática, justamente pela 'viscosidade' da decantada 'instrumentalidade', transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal com precedência, na jugular do adversário" (PASSOS, Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 174.). O referido entendimento parece equivocado já que passa a tomar casos isolados, isto é, exceções como sendo a regra geral. Não se deve generalizar a concepção sobre um determinado instituto a partir de casos isolados.

⁴³ Essa necessidade é destacada por MARINONI, 2000, p. 27.

⁴⁴ Deve-se ressaltar, outrossim, que as recentes reformas legislativas do CPC alinham-se indubitavelmente à concepção instrumental do processo. Sobre a principiologia das reformas processuais cf. DINAMARCO, Pedro da Silva. A segunda etapa da reforma do código de processo civil e suas premissas hermenêuticas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-23. Sobre o espírito das recentes reformas do CPC, conferir ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a. p. 15-43; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Efetividade do processo e reforma processual. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: evolução - 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 229-243.

⁴⁵ Ver-se-á adiante que soluções dentro do próprio sistema podem ser encontradas a partir da concepção instrumental de processo. A idéia que será defendida nesta dissertação - sobre a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às condições da ação e aos pressupostos processuais - está toda ancorada na concepção instrumental do direito processual.

⁴⁶ Essa dicotomia é sugerida por DINAMARCO, 2003a, p. 324 et seq.

negativa: o processo não é um fim, mas sim um meio de se chegar a um fim. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

[...] O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes⁴⁷.

Deve-se ressaltar que a preocupação excessiva com aspectos do processo, como queriam os processualistas da fase científica, conduz ao afastamento da idéia de que o processo é, em verdade, meio para obtenção de fins. Esse, portanto, é o aspecto negativo da instrumentalidade.

A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual⁴⁸.

A idéia da instrumentalidade negativa deve nortear todos os operadores do direito. Não se pode, de fato, operar o sistema processual com a concepção de que ele constitui um fim em si mesmo. As regras processuais, na verdade, constituem um veículo para viabilização de soluções apontadas pelo direito material.

2.5.2 Instrumentalidade positiva

A fase instrumental pode ser analisada ainda sob a sua ótica positiva. Por essa vertente, considera-se que o processo, como visto, além de não se constituir um fim em si mesmo, deve ser um instrumento de acesso à ordem jurídica efetiva, ou seja, à ordem jurídica justa⁴⁹.

O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a

⁴⁷ DINAMARCO, 2003a, p. 326.

⁴⁸ Ibidem, p. 327.

⁴⁹ A expressão "ordem jurídica justa" é de Watanabe (1987, p. 15 et seq).

proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, na ciência processual da atualidade [...]⁵⁰.

Como lembra Marioni⁵¹, o direito processual é imprescindível, em se tratando de matéria atinente à efetividade, para a sobrevivência do direito substancial. Isso representa a noção de instrumentalidade positiva: mais do que meio, o processo deve ser um instrumento de efetiva atuação e realização do direito material.

A idéia de instrumentalidade positiva alinha-se perfeitamente à máxima de Chiovenda⁵² de que "o processo deve dar, no que é possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter". De fato, o processo civil moderno deve ser um "processo de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima"⁵³. O processo deve, pois, ser um instrumento de acesso à ordem jurídica justa⁵⁴.

É nesse contexto que têm despontado os estudos modernos sobre a efetividade do processo. A efetividade traz em si a idéia de um processo que atinja os seus fins; por outras palavras: o processo efetivo é aquele que atinge o seu desiderato, realizando a finalidade para a qual foi concebido, que é apresentar soluções no plano do direito material, da forma mais justa possível.

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça⁵⁵.

⁵⁰ DINAMARCO, 2003a, p. 326.

⁵¹ MARINONI, Luis Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 1.

⁵² Trata-se de tradução da seguinte frase: "[...] *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*". CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In: Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giufrè, 1993. v. 1. p. 110.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reformas do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1-17.

⁵⁴ Cf. WATANABE, 1987, p. 15 et seq.

⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63.

Nesse particular, é de grande importância a tarefa dos operadores do direito. O magistrado, por exemplo, deve conduzir o processo sempre de modo a obter resultados. Para tanto, deve valer-se de um comportamento mais ativo na relação processual⁵⁶, primando sempre pela obtenção de soluções no plano do direito material e que sejam substancialmente justas.

O afastamento de soluções exclusivamente processuais, nesse contexto, impõe-se como um dos primados da instrumentalidade positiva. As sentenças terminativas⁵⁷, por não apresentarem soluções no plano do direito material, não se alinham, a rigor, com a idéia de processo efetivo. Na verdade, nesses casos, a finalidade para a qual foi concebido o processo deixa de ser lograda⁵⁸. Como lembra Bedaque⁵⁹, a própria eficácia do sistema processual deverá ser aferida em função da sua utilidade para o plano jurídico material e para a pacificação social.

2.6 PERSPECTIVAS E DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS

As perspectivas e as diretrizes contemporâneas do direito processual foram estabelecidas a partir da própria concepção instrumental de processo. Na verdade, a fase instrumental, tanto sob a sua ótica negativa, como sob a positiva, já delineou a senda a ser trilhada nos estudos sobre o direito processual.

O que se pretende, aqui, na verdade, é analisar quais são os escopos da jurisdição que foram adornados na fase instrumental. Pretende-se, outrossim, abordar aquilo que pode ser considerado, atualmente, como o fator de maior importância para o

⁵⁶ Sobre o ativismo judicial, é mister a consulta de: LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 145-165.

⁵⁷ Refiro-me às decisões de extinção do processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 267 do CPC.

⁵⁸ O que se defende, aqui, não é a extinção das sentenças terminativas. Na verdade, prima-se pela redução da prolação de sentenças terminativas, nos casos em que existe viabilidade de análise do direito material. A técnica da instrumentalidade substancial, que será analisada no capítulo IV, prima por essa finalidade; ou seja, reduzir os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta das condições da ação e dos pressupostos processuais, através da aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas nessas hipóteses.

⁵⁹ BEDAQUE, 2001a, p. 16.

direito processual: a relativização do binômio direito e processo, ou seja, a efetiva aproximação do meio (direito processual) ao seu fim (direito material).

Essas noções, acrescidas de algumas outras sobre a tutela jurisdicional e a técnica processual praticamente encerram a base epistemológica necessária à sustentação da instrumentalidade substancial das formas.

2.6.1 Escopos da Jurisdição

Os escopos do processo coincidem com os escopos da jurisdição. Na verdade, sendo o processo o instrumento pelo qual se desenvolve a jurisdição, não poderia aquele ter escopos diversos desta. Dinamarco⁶⁰ destaca que a jurisdição apresenta três escopos: jurídico, social e político.

Com efeito, a jurisdição não tem apenas escopo de natureza jurídica; mais do que isso, a função jurisdicional, ao ser prestada, deve atingir outros objetivos, de ordem social e política⁶¹.

2.6.1.1 Escopo jurídico

O escopo jurídico da atividade jurisdicional consiste na aplicação da vontade da lei ao caso concreto. Surgindo um conflito de interesses, caberá ao Estado-juiz, uma vez provocado, dizer o direito aplicável ao caso submetido à sua apreciação. É, em síntese, a declaração da vontade do direito objetivo, assim como a sua plena realização no plano pragmático. Nesse sentido, inclusive, é oportuno trazer à baila os seguintes excertos:

⁶⁰ DINAMARCO, 2003a, p. 181-267.

⁶¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41.

De quanto se assentou, resulta que o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação⁶².

Na própria definição de Leo Rosenberg está explicitada a finalidade da jurisdição. São suas estas palavras: "la jurisdicción, llamada también de función de justicia, poder judicial, es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico" (Tratado de derecho procesal civil, Buenos Aires, EJE, 1955, trad. Angela Romera Vera, p. 54 do 1º vol)⁶³.

O escopo da jurisdição é o de tornar efetiva a ordem jurídica e impor, através dos órgãos estatais do Poder Judiciário, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica⁶⁴.

O escopo jurídico da jurisdição está intimamente relacionado com a finalidade para a qual o processo foi concebido. Na verdade, o processo foi idealizado para ser um instrumento de aplicação e realização do direito material. Essa é a sua finalidade precípua: servir como meio para realização de um fim - que é a aplicação do direito substancial. Em síntese, o escopo jurídico está em plena sintonia com a finalidade instrumental da função jurisdicional.

2.6.1.2 Escopo social

Como visto, na concepção de Dinamarco⁶⁵, a jurisdição não tem apenas um escopo jurídico. Escopos de outras naturezas, quais sejam, social e político, são também atribuídos à jurisdição e ao seu meio de atuação, o processo. Pretende-se, aqui, apresentar exatamente os escopos sociais da jurisdição, que são dois: pacificar com justiça e educar a sociedade.

O escopo da pacificação com justiça decorre do fato de que o processo, instrumento da atividade jurisdicional, é um relevante meio de solução dos conflitos que surgem na sociedade. A pacificação, de qualquer forma, deve ser feita sempre com justiça.

⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 1998. v. 1. p. 71.

⁶³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 12.

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. atual. e ampl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium editora, 2000. v. 1. p. 261.

⁶⁵ DINAMARCO, 2003a, p. 181-267.

Nesse particular, desponta o problema da relatividade do conceito de justiça, o que dificulta sobremaneira o delineamento desse escopo.

Outro escopo social da jurisdição relaciona-se à educação. Através do exercício da função jurisdicional, o Estado dá duas lições: ensina o que as pessoas não podem fazer, sob pena de violarem o ordenamento jurídico e serem sancionadas; e, ao mesmo tempo, ensina aos titulares de direito lesados ou ameaçados o que fazer para obter a tutela de seus respectivos direitos. Nesse sentido, inclusive, pode-se trazer à baila o seguinte escólio:

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios [...]⁶⁶.

2.6.1.3 Escopo político

O terceiro escopo da jurisdição é de ordem política. Na verdade, como manifestação do poder estatal, não poderia a jurisdição deixar de possuir objetivos e finalidades de natureza política. O escopo político da jurisdição pode ser considerado sob três prismas: afirmação do poder estatal; culto às liberdades públicas e garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade⁶⁷.

Primeiramente, deve-se destacar que a jurisdição consiste em uma forma de reafirmação do poder estatal. Ao decidir uma lide, o Estado-juiz impõe-se e reafirma o seu monopólio de composição de conflitos. Ao jurisdicionado, nesse contexto, não é dado optar entre a escolha ou não da decisão⁶⁸.

O culto às liberdades públicas consiste em outro escopo político da jurisdição. O Estado, ao exercer a função jurisdicional, tem por fim assegurar os direitos

⁶⁶ DINAMARCO, 2003a, p. 197.

⁶⁷ Ibidem, p. 204-208.

⁶⁸ Essa idéia, inclusive, está consubstanciada no princípio da indeclinabilidade.

fundamentais dos jurisdicionados. O termo liberdade, aqui, é empregado não no sentido de ir e vir, mas em seu sentido mais amplo possível.

Por fim, o escopo político da jurisdição relaciona-se com a possibilidade de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade na qual ele está inserido. A ação popular e a ação civil pública⁶⁹, por exemplo, consistem em verdadeiros instrumentos de manifestação do escopo político da jurisdição. Na verdade, esses instrumentos são formas de manifestação da democracia, vez que esta não se restringe apenas à participação política por meio do voto.

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar a democracia⁷⁰.

2.6.1.4 Análise dos escopos da Jurisdição: o escopo jurídico como síntese dos demais

A jurisdição, como visto, foi instituída com a finalidade de compor os conflitos entre os particulares, através do processo. A sua finalidade precípua, portanto, é aplicar o direito ao caso concreto. Quer-se, com isso, esclarecer que o escopo da jurisdição é eminentemente jurídico.

Não se nega, entretanto, que a jurisdição tenha escopos outros além do jurídico, ou seja, escopos de natureza social⁷¹ e política. De qualquer forma, ao que tudo indica,

⁶⁹ A ação civil pública está disciplinada na lei n.º 7347/85 (LACP) e a ação popular na lei n.º 4717/65 (LAP).

⁷⁰ DINAMARCO, 2003a, p. 208.

⁷¹ Não se nega, outrossim, que todos os processos possam projetar efeitos sociais. Nesse sentido: "Creio não exagerar se disser que ao juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água [...]. Extraio sem exitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: _____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 32). Isso, contudo, não significa dizer que a jurisdição tenha um escopo social. Na verdade, o seu escopo é eminentemente jurídico e nele já se encontra imiscuído o escopo social e político.

esses escopos por si só já fazem parte do escopo jurídico. Por outras palavras: aplicando a lei ao caso concreto, ou seja, realizando o seu escopo jurídico, a jurisdição, por via oblíqua, realiza também o seu escopo social e político.

No escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz⁷².

Procede, entretanto, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade⁷³.

Ao aplicar a lei ao caso concreto, dando a interpretação adequada ao texto normativo, o magistrado está pacificando com justiça. Não pode o magistrado, ante o caso concreto, pacificar com justiça afastando-se pura e simplesmente do texto legal⁷⁴. Isso implicaria mesmo verdadeira injustiça. O que deve ser feito é a adequação da norma, através das regras de hermenêutica, ao caso concreto. Essa tarefa, não resta dúvidas, constitui o escopo jurídico da jurisdição.

No que concerne ao escopo político, outro não pode ser o entendimento. Através da aplicação da lei ao caso concreto, com especial observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, a jurisdição estará realizando suas finalidades políticas. Por outras palavras: não há por que se falar em escopo político da Jurisdição se ele já está contido em seu próprio escopo jurídico.

A garantia das liberdades públicas, assim como a reafirmação do ordenamento jurídico, são obtidas através da aplicação da lei ao caso concreto. Ao realizar essa atividade, o magistrado estará garantindo as liberdades públicas asseguradas pelo ordenamento jurídico e, da mesma forma, estará reafirmando a ordem estatal. O

⁷² BEDAQUE, 2001a, p. 51.

⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17.

⁷⁴ O magistrado pode até afastar-se do texto legal, desde que se utilize de mecanismos próprios a esse desiderato. A declaração de inconstitucionalidade pela via de exceção, por exemplo, pode ser utilizada por qualquer magistrado como uma forma de afastamento de uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Ademais, pode também o magistrado buscar a solução mais justa para a lide diretamente no próprio texto constitucional.

escopo jurídico da jurisdição - atuação da vontade da lei no caso concreto -, como se vê, já contém em si o escopo social e político⁷⁵.

2.6.2 Relativização do binômio direito x processo

Como já ressaltado neste trabalho, o processo foi concebido como um instrumento para a realização de um fim. Micheli⁷⁶ já havia constatado que o fim do processo é assegurar a observância do direito objetivo. Não se pode, assim, pensar o processo de forma dissociada do direito material, já que a relação entre esses dois cortes metodológicos do direito⁷⁷ é essencialmente instrumental.

Ademais, como lembra Theodoro Júnior⁷⁸, não há teoria alguma, dentre as modernas, que consiga explicar a função do processo sem relacioná-lo com a missão pacificadora dos litígios e com a realização efetiva da vontade da lei.

É nesse contexto que se pode ressaltar que uma das mais importantes diretrizes contemporâneas do direito processual tem sido exatamente no sentido de reafirmar a necessidade de aproximação do direito ao processo; ou seja, de efetiva aproximação do meio (direito processual) ao seu fim (direito material).

⁷⁵ A instrumentalidade substancial das formas, que será defendida adiante, permite a realização do escopo jurídico da jurisdição. Está, portanto, em perfeita sintonia com a finalidade para a qual a jurisdição foi instituída. Na verdade, com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às condições da ação e aos pressupostos processuais estar-se-á propiciando, em sua plenitude, a realização do escopo jurídico da jurisdição, que é a aplicação da lei ao caso concreto.

⁷⁶ MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Tradução de Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1970. v. 1. p. 3-4.

⁷⁷ Fala-se em corte metodológico do Direito tendo em vista que o ordenamento jurídico constitui-se em uma unidade. Os vários ramos do Direito, na verdade, representam cortes metodológicos que facilitam o seu estudo e compreensão. De qualquer modo, a divisão é meramente didática, já que o Direito não pode, a rigor, ser seccionado.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo**: direito processual civil ao vivo (aprimoramento e modernização do direito processual). Rio de Janeiro: AIDE, 1997. p. 24.

2.6.2.1 Os dois planos do ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico constitui-se no conjunto de normas que disciplinam as relações entre os indivíduos que compõe a sociedade. Segundo Gusmão⁷⁹, é o "complexo de normas jurídicas vigentes em dado momento histórico, numa sociedade determinada". Trata-se, em verdade, de um sistema normativo, que não está constituído apenas por normas, mas também por enunciados que se deduzem das normas⁸⁰.

A rigor, o ordenamento jurídico de um país é uno, no sentido de compreender o conjunto de normas que regem as relações entre as pessoas daquele local. Essa premissa, a princípio, não se coadunaria com a existência de vários planos dentro de um mesmo ordenamento jurídico. É perfeitamente possível, contudo, identificar-se no ordenamento jurídico normas que representam verdadeiros instrumentos para realização de outras normas⁸¹: são as normas processuais ou instrumentais, que se destinam à realização das normas materiais.

Assim, no ordenamento jurídico, é possível visualizar, ou seja, identificar dois grandes planos de normas, embora o ordenamento seja ontologicamente unitário. As normas processuais e as materiais constituem os dois planos normativos fundamentais do ordenamento jurídico⁸².

⁷⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 17. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 61.

⁸⁰ Nesse sentido: SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991. p. 102. No mesmo sentido, considerando que o ordenamento jurídico não é reduzido a um sistema de normas: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190. Sobre a teoria do ordenamento jurídico, é imprescindível a consulta de BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. 184 p.

⁸¹ Destaque-se que, a rigor, toda norma é instrumental, tendo em vista que até mesmo as normas de direito material têm a finalidade de ser um instrumento para a pacificação social. As normas processuais, entretanto, são instrumentos por excelência, podendo-se sustentar inclusive que são instrumentos de instrumentos.

⁸² Há, na doutrina, orientação no sentido de classificar as normas materiais como normas de primeiro grau e as processuais como normas de segundo grau. Cf. FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 96.

De qualquer forma, nem sempre as normas processuais terão aplicação diante de um conflito de interesses. É possível que as partes solucionem o seu conflito através da autocomposição⁸³, sem se valer do Judiciário. Nesse caso, as normas materiais terão cumprindo a sua finalidade independentemente do auxílio das normas processuais ou instrumentais. Quando, porém, o conflito não é resolvido na esfera extrajudicial, a utilização das normas processuais impõe-se como mecanismo imprescindível à sua solução.

2.6.2.2 A relação de instrumentalidade entre os dois planos

Os dois planos do ordenamento jurídico - processual e material - mantêm relação de instrumentalidade⁸⁴. Na verdade, embora ambas as normas sejam instrumentais⁸⁵, no sentido de que se destinam à solução dos conflitos, ou seja, à pacificação social, as normas processuais e as substanciais estão jungidas entre si pelo vínculo instrumental.

Significa isso dizer que as normas processuais constituem instrumentos para a realização das outras normas. Essa relação é de suma importância, vez que explicita a finalidade para a qual as normas processuais foram concebidas. As normas processuais, com efeito, têm a sua razão de ser exatamente nas próprias normas materiais.

As normas processuais não existem por si só; constituem, como visto, meios para a efetivação das outras normas, isto é, as substanciais. Assim, existe verdadeira relação de instrumentalidade entre os dois planos do ordenamento jurídico. Sobre o exposto, é oportuno trazer à colação os seguinte excertos:

⁸³ A autocomposição é formada pela desistência, pela submissão e pela transação. A primeira é a renúncia à pretensão, quando uma das partes cede e deixa de exercer o seu direito; a segunda constitui-se na renúncia à resistência oferecida à pretensão; a última ocorre quando há concessões recíprocas.

⁸⁴ BEDAQUE, 2003, p. 12.

⁸⁵ As normas substanciais são instrumentais enquanto meio de convivência social. Cf. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. **Teoria del proceso**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002. p. 77.

Com efeito, o processo não prescinde e em momento algum deve tirar de mira o direito material, porquanto ao desviar-se de seu precípua escopo, nada realiza, nulifica-se [...]. Gize-se, ainda, que o conflito, porventura, ocorrente é patológico, pois, uma vez desviado o processo do direito subjetivo, a própria ontologia daquele esvai-se, como se perdesse sua própria essência, reduzindo-se ao caso, ao nada [...]⁸⁶.

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial⁸⁷.

[...] 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 nesta condição se deixa influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. O processo é instrumento do direito material⁸⁸.

Destaque-se que a compreensão dessa relação permite uma melhor operacionalização do sistema por parte do operador do direito. Na verdade, essa visão da relação instrumental deve permear todas as interpretações a serem realizadas das normas processuais. Não se pode, com efeito, interpretar uma norma processual desconsiderando-se a finalidade para a qual ela foi concebida - ser instrumento de realização do direito material.

Além da sua instrumentalidade e cogência, possuem as normas processuais conteúdo ético, uma vez que buscam o aperfeiçoamento constante do processo, como instrumento de realização da justiça⁸⁹.

Registre-se, ainda, que, no que concerne à relação entre as normas processuais e as materiais, existem basicamente duas teorias: a teoria unitária e a dualista. Pela primeira corrente, o direito só nasce com o processo, ou seja, o direito somente tem existência a partir de um pronunciamento judicial. A sua existência está, portanto, condicionada a uma sentença, que teria, então, cunho constitutivo. Segundo

⁸⁶ MESQUITA, 2002, p. 141.

⁸⁷ BEDAQUE, 2001a, p. 18.

⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

⁸⁹ COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **Lições de teoria geral do processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 50.

Mortara⁹⁰, o direito subjetivo é que nasce no processo, vez que a norma e a pretensão, ainda estando bem próximas, não mantêm qualquer contato⁹¹.

De outro lado, para a teoria dualista, as normas processuais e materiais existem por si só. Por outras palavras: o direito subjetivo existe independentemente de prévio pronunciamento jurisdicional. A atividade do magistrado, nesse contexto, é meramente declaratória de direitos já existentes no ordenamento jurídico. Sobre o exposto, pode-se acrescentar o seguinte:

O fato, porém, e aqui está a concepção dualista, é que o direito existe independentemente da atividade do intérprete, seja o juiz, seja o particular, porque encontra, já, uma norma concreta consumada. A atividade judicial, portanto, apenas reconhece o direito já concretizado, e, ainda que a decisão se baseie em fatores sociológicos ou teleológicos, não houve mais que o reconhecimento de que o direito preceituava concretamente daquela maneira⁹².

De qualquer sorte, a inclinação pela teoria dualista não implica o reconhecimento de que as normas materiais e as processuais estejam plenamente apartadas. Embora as normas tenham naturezas distintas e inconfundíveis, elas continuam conexas pelo vínculo de meio e fim. Por outras palavras: o vínculo instrumental permanece disciplinando a relação entre esses dois planos do ordenamento jurídico.

2.6.2.3 A efetiva aproximação do processo ao direito material

A aproximação do processo ao direito material constitui-se em postulado imperioso nos dias atuais⁹³. Muitos operadores do direito, no entanto, ainda estão arraigados à

⁹⁰ Apud DINAMARCO, 2001b, p. 47.

⁹¹ "A concepção unitária do direito teve origem na posição de Windscheid, na famosa polêmica que travou com Muther, e vai encontrar seu embasamento filosófico em Kelsen, com a repercussão em filósofos do direito atuais, como Recaséns Siches, que entende a sentença judicial estabelecendo a ponte entre a generalidade da norma e a particularidade do caso concreto controvertido" (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003a. v. 1. p. 31).

⁹² GRECO FILHO, 2003a, p. 31. São adeptos da teoria dualista: Liebman, Chiovenda, Fazzalari dentre outros autores. Cf. DINAMARCO, 2001b, p. 51 et seq.

⁹³ Ademais, pode-se dizer que os problemas decorrentes das relações entre direito e processo são inatos à própria ciência processual. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte excerto: "El problema es innato a la propia existencia del Derecho Procesal y creo que ningún autor, de cualquier tendencia que sea, escapa de su tentación con motivo de cualquier tema concreto de la disciplina" (RAMOS

concepção que foi dominante na segunda fase evolutiva do direito processual, apegando-se a questões de natureza exclusivamente processual e considerando o processo como algo existente por si só.

As perspectivas e as diretrizes contemporâneas do direito processual, entretanto, trilham outra senda. A fase instrumental, com efeito, pretende ressaltar a necessidade de efetiva compreensão do processo como um meio, e jamais como um fim em si próprio. Nesse contexto, a efetiva aproximação do processo ao direito material torna-se imprescindível.

Como lembra Bedaque⁹⁴, todos os institutos fundamentais do direito processual recebem reflexos significativos da relação jurídica material, assim como as condições da ação, as nulidades processuais, a coisa julgada e a prova. Isso revela, na verdade, o caráter instrumental do direito processual e reforça a necessidade de efetivamente relativizar o binômio direito x processo⁹⁵.

De qualquer modo, a simples afirmação da necessidade de aproximação do processo ao direito material pela dogmática processual, por si só, é inócua. Cabe ao processualista afinado à sua ciência envidar esforços exegéticos para a construção de mecanismos que efetivamente aproximem o processo ao direito material. O mero destaque da necessidade de relativização do binômio direito x processo é desprovido de um conteúdo efetivo. É preciso apontar mecanismos que conduzam, de fato, a essa relativização.

Destaque-se que a efetiva aproximação do direito processual ao direito material, aqui apregoada, não representa de forma alguma um retrocesso dos estudos sobre o direito processual à sua fase sincrética. A efetiva relativização do binômio direito x

MÉNDEZ, Francisco. **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. p. 10.). Não se pode deixar de ressaltar, outrossim, a importância da tese de doutoramento que foi defendida pelo ilustre prof. José Roberto dos Santos Bedaque (2001a) na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco sobre a necessidade de aproximação do direito ao processo. A obra foi de suma relevância no redirecionamento dos estudos processuais.

⁹⁴ BEDAQUE, 2001a, p. 28.

⁹⁵ Na doutrina, inclusive, há orientação no sentido de que a atividade jurisdicional deve partir da realidade de direito material e a ela retornar ao final. Cf. LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè editore, 1997. v. 1. p. 5.

processo não implica a confusão desses planos do ordenamento jurídico e nem mesmo o tratamento conjunto de ambos.

Na verdade, não se pretende realizar um sincretismo entre o direito material e o processual; pretende-se, sim, uma efetiva aproximação dos dois planos, sem contudo confundi-los ou reuni-los em um só. "Aproximar" não se confunde com "sincretizar". Embora próximos os significados das expressões, elas não se confundem na exata medida em que na "aproximação" não há completa junção, enquanto na "sincretização" há verdadeira mistura ou confusão. A sincretização do direito material e do processo representaria verdadeiro retrocesso científico.

2.7 A INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS NA ESTEIRA DAS PERSPECTIVAS E DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS

Um dos mecanismos que pode ser considerado apto a aproximar o direito processual ao material é a instrumentalidade substancial das formas⁹⁶. Na verdade, a horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas, isto é, a sua aplicação aos pressupostos processuais e às condições da ação permite que os provimentos jurisdicionais sejam, na maioria dos casos, pronunciamentos de mérito.

Evita-se, com efeito, por meio dessa técnica, que o processo deixe de atingir o seu fim e, por conseguinte, que a Jurisdição deixe de realizar o seu escopo jurídico, que é a atuação do direito no caso submetido à sua apreciação. A aplicação do direito material, através do processo, é facilitada.

A instrumentalidade substancial das formas está, portanto, em perfeita sintonia com as perspectivas e as diretrizes contemporâneas do direito processual. Na verdade, ela facilita a realização do escopo da jurisdição - que é jurídico -, permitindo que o direito processual, efetivamente, aproxime-se do direito material.

⁹⁶ A instrumentalidade substancial das formas será exaustivamente tratada no capítulo IV. Por ora, é importante apenas que se compreenda que a instrumentalidade substancial das formas está em perfeita sintonia com os postulados do processo civil contemporâneo.

3 TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA PROCESSUAL

Compreendidas as fases evolutivas do direito processual, assim como as suas perspectivas e diretrizes contemporâneas, cumpre, agora, fazer uma breve incursão no tema da tutela jurisdicional e da técnica processual. Na verdade, a conceituação da tutela jurisdicional sob o prisma da realização do direito material, assim como a adoção de técnicas específicas no processo que permitam lograr esse fim, dão pleno suporte epistemológico à adoção da instrumentalidade substancial das formas.

3.1 TUTELA JURISDICIONAL

O tema referente à tutela jurisdicional pode ser considerado como um dos mais difíceis do direito processual. A sua complexidade decorre, em grande parte, da pluralidade de concepções e de enfoques com que a matéria é tratada, não havendo mesmo grandes perspectivas de se encontrar uma orientação uníssona.

Ademais, durante muito tempo, o tema da tutela jurisdicional foi abandonado da dogmática processual, retardando os seus estudos. Essa restrição, contudo, não se justifica mais no atual momento metodológico pelo qual passa o direito processual⁹⁷. Nesse sentido, inclusive, pode-se trazer à colação o seguinte excerto:

O atual momento metodológico da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da idéia de tutela jurisdicional, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes⁹⁸.

⁹⁷ Esse enorme repúdio ao tema da tutela jurisdicional só pode ser "adequadamente compreendido se tivermos em mente que ela se resolvia na afirmação de que o processo seria um instrumento institucionalmente predisposto à tutela dos direitos do autor - na mesma medida em que a ação seria o direito deste a obter em juízo o que lhe fosse devido. A tutela de direitos erigida como escopo do sistema constituía uma projeção da premissa imanentista então vigorante quanto ao conceito de ação e, no máximo, compatibilizar-se-ia com a teoria desta como direito à sentença favorável (teoria concretista). O que determinou o banimento da tutela de direitos do sistema e da linguagem do processualista foi a óbvia descoberta de que o processo não é um modo de exercício de direitos pelo autor, mas um instrumento do Estado para o exercício de uma função sua, a jurisdição" (DINAMARCO, 2001a, p. 799-800). No mesmo sentido, ressalta Marinoni que, até pouco tempo, falar da tutela jurisdicional dos direitos poderia constituir um verdadeiro pecado quase que mortal para o processualista, vez que tal expressão poderia significar um compromisso com o imanentismo (MARINONI, Luis Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23).

⁹⁸ DINAMARCO, 2001a, p. 797.

3.1.1 Relevância da delimitação conceitual da tutela jurisdicional para a ciência processual

O tema da tutela jurisdicional, como visto, durante longos anos ficou banido da dogmática processual; a sua importância, contudo, hoje, tem sido reavivada pela doutrina⁹⁹. Na verdade, esse retorno justifica-se até mesmo porque a atividade desenvolvida pelo Judiciário tem por escopo exatamente prestar a tutela jurisdicional.

Nesse contexto, a conceituação da tutela jurisdicional aduz-se como de suma relevância para a ciência processual. É que essa delimitação conceitual, de certa forma, permitirá ao processualista conduzir os seus estudos e pesquisas por sendas hábeis a lograr os seus fins. Ora, se a atividade jurisdicional tem o escopo de conceder a tutela jurisdicional, é imperioso compreender, com minúcias, o sentido e o alcance daquela finalidade.

Como lembra Yarshell¹⁰⁰, não se tem, aqui, o propósito de examinar as diferentes visões ou conceitos da Jurisdição¹⁰¹. Tal investigação foi relevante no passado para extremar as diversas funções que o Estado deveria exercer. Na verdade, o que se pretende investigar é no que consiste a tutela jurisdicional e qual é a forma como ela pode ser obtida ou proporcionada.

⁹⁹ A matéria, inclusive, foi objeto de tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. 202 p. Destaque-se, ainda, que o Código Civil italiano contempla um capítulo destinado à tutela aos direitos (arts. 2643-2969 CCI), que contém preceptivos sobre a tutela jurisdicional dos direitos. Uma análise da utilidade e das consequências desse livro foi feita por TARZIA, Giuseppe. **Problemi del processo civile di cognizione**. Milano: CEDAM, 1989. p. 17-41. Sobre a tutela jurídica, consulte, ainda COUTURE, 2002, p. 391-394.

¹⁰⁰ YARSHELL, 1999, p. 27.

¹⁰¹ Alvim (1999, p. 51-57) elenca, por exemplo, no mínimo dez teorias sobre a jurisdição. Sobre as teorias da jurisdição cf. BAPTISTA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luis. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 60-82.

3.1.2 Conceituação da tutela jurisdicional

O conceito de tutela jurisdicional é objeto de grandes divergências na doutrina. Basicamente, contudo, as diversas orientações poderiam ser reunidas em dois grandes grupos: o dos que se alinham à idéia de que a tutela jurisdicional está relacionada ao resultado do processo e o daqueles que perfilham a idéia de que a tutela jurisdicional, mais do que ligada ao resultado do processo, relaciona-se também aos meios postos à disposição do jurisdicionado¹⁰². De qualquer sorte, antes de se proceder a qualquer análise a respeito do tema, é necessário apresentar as diversas orientações doutrinárias.

3.1.2.1 Contribuição de Enrico Tullio Liebman

Liebman foi um dos grandes processualistas italianos que esteve entre nós no período da segunda guerra mundial. Na verdade, o precitado autor exerceu profunda influência na elaboração do nosso CPC, já que o próprio elaborador do anteprojeto dessa lei - o prof. Alfredo Buzaid - era um dos discípulos de Liebman.

Liebman adstringiu o conceito de tutela jurisdicional apenas àquelas situações em que efetivamente houvesse amparo no campo do direito material. Por outras palavras: "só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente"¹⁰³.

Trata-se de conceituação da tutela jurisdicional como resultado favorável ao vencedor. Assim, a tutela jurisdicional poderia ser prestada ou ao autor ou ao réu. Na verdade, aquele que apresentasse a melhor razão, ou seja, que ostentasse um direito, faria jus à tutela jurisdicional. Esta, então, poderia ser concedida ao autor ou ao réu. Tudo dependeria do resultado obtido no plano do direito substancial.

¹⁰² Essa dicotomia é encontrada na obra de VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 42.

¹⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 147. Para corroborar a asserção aqui feita, conferir ainda: DINAMARCO, 2001a, p. 798; YARSHELL, 1999, p. 28.

3.1.2.2 Contribuição de José Roberto dos Santos Bedaque

Bedaque, da mesma forma que Liebman, considera que a tutela jurisdicional é prestada apenas em relação àqueles que tiverem razão no plano do direito substancial. Esclarece o precitado autor: "A tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material"¹⁰⁴.

Importa estabelecer o exato significado de tutela jurisdicional. É análise do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão. O escopo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu. Somente com ela obtém-se a pacificação definitiva. Está consubstanciada no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes¹⁰⁵.

Assim, não há, a rigor, tutela jurisdicional nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito. O direito de demandar, por si só, é inócuo para a satisfação dos consumidores da atividade jurisdicional. Na verdade, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, com a respectiva prolação de uma sentença terminativa, terá havido prestação da atividade jurisdicional, mas não concessão da tutela jurisdicional.

É necessário, portanto, para haver prestação da tutela jurisdicional, que as decisões estejam situadas no plano do direito substancial. Deve-se ressaltar que essa orientação dogmática encontra-se em perfeita sintonia com a finalidade para a qual o processo foi concebido: atuar e realizar o direito material.

O estudo do processo pela perspectiva do direito de acesso ao Poder Judiciário não satisfaz. De que adianta, para o ordenamento substancial, para a efetiva pacificação, assegurar-se o direito de demandar? Necessário que o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois esse resultado atende à promessa estatal de proteção dos direitos¹⁰⁶.

Ressalte-se, ainda, que a tutela jurisdicional, por essa concepção, pode ser prestada tanto ao autor como ao réu. Na hipótese de inexistência do direito alegado pelo

¹⁰⁴ BEDAQUE, 2001a, p. 26.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 25.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 26.

autor, a tutela jurisdicional será prestada exclusivamente ao requerido. Com efeito, o provimento cognitivo que não acolhe o pedido do autor confere, na verdade, tutela jurisdicional ao réu, pois elimina definitivamente a possibilidade de discussão a respeito daquele direito considerado inexistente¹⁰⁷.

3.1.2.3 Contribuição de Cândido Rangel Dinamarco

Dinamarco¹⁰⁸ consigna que a tutela jurisdicional é o amparo que o Estado ministra a quem tem razão em um processo. Na verdade, essa orientação não difere substancialmente da defendida por Liebman e por Bedaque, que já foram objeto de estudo, em momento anterior, neste trabalho. O autor, porém, acrescenta que a tutela jurisdicional constitui apenas uma das espécies do gênero tutela jurídica¹⁰⁹. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

Tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade - seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio. A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos¹¹⁰.

Dinamarco, assim, esclarece que a tutela jurídica é prestada pelo Estado de duas formas. Primeiramente, o Estado presta a tutela jurídica mediante a fixação de preceitos gerais e abstratos que regulam a vida em sociedade. Trata-se da atividade cometida aos órgãos legiferantes. Essa tutela pode ser considerada estática. De qualquer sorte, a tutela jurídica não se exaure somente nessa atividade.

O Estado deve também tornar efetivas as normas por ele estabelecidas, ou seja, deve propiciar meios de atuação das normas. Essa tutela jurídica é a tutela

¹⁰⁷ BEDAQUE, 2001a, p. 29.

¹⁰⁸ DINAMARCO, 2001a, p. 807.

¹⁰⁹ Na doutrina italiana encontra-se orientação no sentido de estabelecer diferença entre a tutela jurisdicional e a tutela dos direitos. A primeira é mais restrita que a segunda, já que esta atua também fora da esfera processual. Cf. DENTI, Vittorio. **La giustizia civile: lezioni introduttive**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1989. p. 111.

¹¹⁰ DINAMARCO, 2001a, p. 809.

jurisdicional, que é dinâmica¹¹¹, e deve ser prestada pelo Estado, quando provocado, para solucionar os diversos conflitos de interesses. A tutela jurisdicional, em qualquer caso, é prestada ao homem e não aos direitos.

Destaque-se que existe uma verdadeira gradação na atividade processual, e no seu ápice é que está situada a tutela jurisdicional. Na concepção de Dinamarco¹¹², a "escalada"¹¹³ pode ser assim delineada: a) faculdade de ingresso em juízo; b) exercício do direito de ação; c) direito ao provimento de mérito e d) tutela jurisdicional.

De qualquer modo, a despeito de todo o exposto, o conceito de tutela jurisdicional defendido pelo precitado autor também não deixa de passar pela idéia de realização do direito material. Nesse sentido, pode-se trazer à baila o seguinte excerto:

A verdadeira tutela jurisdicional socialmente útil é aquela que se outorga, mediante o exercício consumado da jurisdição, a quem tenha razão segundo o direito material [...]. E, pelo aspecto substancial, não pode considerar-se tutelado aquele cuja pretensão foi rejeitada. Por isso é que, como dito, só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material [...]¹¹⁴.

3.1.2.4 Contribuição de Luiz Guilherme Marinoni

O autor adota conceito mais amplo de tutela jurisdicional que os anteriores. Na verdade, considera que existe tutela jurisdicional mesmo quando o magistrado declara inexistir o direito afirmado pelo requerente, ou mesmo quando constata a ausência de condições da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

¹¹¹ As expressões tutela estática e dinâmica são utilizadas por Dinamarco (2001a, p. 811). A diferenciação entre essas modalidades de tutela pode ser colhida no seguinte excerto: "A tutela jurisdicional e a administrativa inserem-se na ampla categoria da tutela jurídica, portanto, mas não a exaurem. Constituem uma tutela dinâmica, em confronto com a atividade consistente na fixação de normas, que é estática e por si só nem sempre se mostra apta a produzir resultados concretos e efetivos na vida das pessoas".

¹¹² DINAMARCO, 2001a, p. 820.

¹¹³ A expressão "escalada" é empregada pelo próprio autor. Quer-se com o emprego desse termo, significar a idéia de gradação, de etapas a serem vencidas para que se possa chegar à tutela jurisdicional.

¹¹⁴ DINAMARCO, 2001a, p. 816-822 passim.

É óbvio que a tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, e mesmo quando é constatada a ausência de condição da ação, valendo lembrar que, nesse último caso, a tutela jurisdicional é dada em razão do direito incondicionado de ação [...]¹¹⁵.

Trata-se de concepção demasiado ampla, que confunde atividade jurisdicional com tutela jurisdicional. Por essa concepção, na verdade, mesmo que ausente uma das condições da ação, ou seja, mesmo que extinto o processo sem julgamento de mérito, através de sentença terminativa, haveria tutela jurisdicional. Esse conceito, a rigor, não apresenta nenhuma diferença se cotejado com o de atividade jurisdicional.

Ao que tudo indica, o autor desloca a conceituação da tutela jurisdicional do eixo dos resultados para o eixo dos meios postos à disposição do jurisdicionado. Preocupa-se, portanto, em caracterizar a tutela jurisdicional nos meios disponibilizados pelo ordenamento ao jurisdicionado, ou seja, no *modus procedendi*; e somente por via oblíqua, com o direito material. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

Deixe-se claro, porém, que a tutela jurisdicional, no nosso entendimento, não é sinônimo de sentença, mas sim de procedimento estruturado (mediante, por exemplo, sumarização formal e material, tutela antecipatória, sentença imediatamente executável) para tutelar efetiva e adequadamente o direito material¹¹⁶.

É possível falar, assim, em tutela jurisdicional e tutela material. A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material¹¹⁷.

3.1.2.5 Contribuição de Teori Albino Zavascki

Tutelar é proteger; assim, tutela jurisdicional é a proteção que deve ser conferida pelos órgãos jurisdicionais aos jurisdicionados. De fato, quando se fala em tutela jurisdicional "se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na

¹¹⁵ MARINONI, 2000, p. 23.

¹¹⁶ Idem. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 22.

¹¹⁷ Ibidem, p. 400.

vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos"¹¹⁸.

O Estado, ao avocar para si a atividade jurisdicional, vedando a autotutela, avocou também o dever de solucionar os conflitos intersubjetivos, o qual deve ser realizado de modo eficaz¹¹⁹, sob pena de se consagrar um verdadeiro descrédito em relação ao Estado de Direito. É nesse contexto que se insere a atividade de prestar a tutela jurisdicional, ou seja, não apenas como um poder, mas, sobretudo, como um dever estatal.

De qualquer modo, Zavascki conceitua a tutela jurisdicional não somente a partir do resultado da atividade dos órgãos jurisdicionais, mas também sob o prisma da atividade que é desenvolvida por esses órgãos. Nesse sentido pode-se trazer à colação o seguinte:

Bem se vê, do exposto, que o conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade. Prestar a tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais do que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos¹²⁰.

3.1.2.6 Contribuição de Flávio Luiz Yarshell

Yarshell apresenta conceito, de certa forma, considerado amplo para a expressão tutela jurisdicional¹²¹. De qualquer sorte, esse autor não nega que o emprego da expressão tutela jurisdicional é comumente feito no sentido de designar a proteção

¹¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

¹¹⁹ Nesse sentido, inclusive, ressalta Manuel Ibañez Frocham que o Estado, ao interditar a defesa pelas próprias mãos, assume um compromisso ético de resguardar a paz social e os demais valores fundamentais da sociedade, como a justiça, a segurança e a ordem (apud PRATA, 1979, p. 53)

¹²⁰ ZAVASCKI, 1999, p. 6.

¹²¹ Na doutrina, há outros autores que defendem uma conceituação ampla da tutela jurisdicional. Há quem considere, por exemplo, que a tutela jurisdicional pode significar: "a) qualquer forma de proteção ao bem da vida; b) a sentença favorável que protege o bem da vida; c) o procedimento estruturado para assegurar o resultado de um direito lesado ou ameaçado; d) todo ato judicial tendente a proteger um bem da vida; e) atividade jurisdicional". Essa é a orientação de GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Copola editora, 1999. p. 13 e 14.

do titular de uma situação amparada pela norma substancial¹²². Ressalta, entretanto, não lhe parecer incorreta a admissão de uma abrangência maior para a tutela jurisdicional.

Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução - tutela jurisdicional - para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então, pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem e bem ainda nos "princípios", "regramentos" ou "garantias que lhe são inerentes"¹²³.

Cita, como exemplo, o fato de que, quando a doutrina faz menção à tutela diferenciada, na verdade, está cogitando não apenas do resultado do processo, mas também dos meios que são postos à disposição do jurisdicionado para a consecução do resultado. A mesma observação pode ser feita em relação à tutela específica, à tutela antecipada etc¹²⁴.

Ante essas premissas, seria possível identificar-se a existência da tutela jurisdicional mesmo em relação àqueles que não estivessem amparados no plano do direito material. Por outras palavras: mesmo o vencido no processo obteve a tutela jurisdicional, vez que os meios processuais lhe foram postos à disposição. É bem verdade que essa tutela seria bem diversa daquela obtida pelo vencedor, mas nem por isso deixaria de ser considerada tutela jurisdicional. Nesse sentido:

Aceita a premissa anterior (tutela contida nos meios que conduzem ao resultado), é inafastável existir tutela para ambos os sujeitos parciais do processo. E, também aceita essa premissa, não será difícil ir mais além para admitir - voltando, em parte, ao resultado do processo - que o Estado também presta tutela jurisdicional ao vencido, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor¹²⁵.

¹²² YARSHELL, 1999, p. 30.

¹²³ Ibidem, p. 31.

¹²⁴ Ibidem, loc. cit.

¹²⁵ Ibidem, p. 35. No mesmo sentido: YARSHELL, 1993, p. 19.

3.1.3 Classificação das diversas conceituações

Uma análise das diversas conceituações da expressão "tutela jurisdicional" permite concluir pela possibilidade de reunir essas definições em três grandes grupos: a) o dos que conceituam a tutela jurisdicional a partir do resultado obtido no plano do direito material; b) o dos que a conceituam a partir dos meios colocados à disposição dos jurisdicionados e c) aqueles que a definem a partir dos meios processuais colocados à disposição dos jurisdicionados e, também, dos resultados obtidos no plano do direito material.

No primeiro grupo, estão reunidos aqueles autores que defendem a conceituação da tutela jurisdicional a partir da ótica dos resultados do processo no plano do direito material. Nessa categoria são incluídos, por exemplo, Liebman, Bedaque e Dinamarco. A expressão "tutela jurisdicional", ante essa vertente dogmática, queda reservada apenas para aqueles que, de fato, têm razão na esfera do direito material.

A extinção do processo sem julgamento de mérito não pode ser considerada, à luz desse entendimento, como verdadeira tutela jurisdicional, mas apenas como atividade ou prestação jurisdicional. Trata-se de orientação que está em perfeita sintonia com as perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual, sobretudo a de aproximação do direito processual ao material.

No segundo, enquadram-se as orientações dos autores que sustentam que a tutela jurisdicional constitui-se nos meios postos à disposição dos jurisdicionados. Desse pensar é, por exemplo, Marinoni. Por essa conceituação, haveria tutela jurisdicional mesmo que extinto o processo sem julgamento de mérito. O mero direito de obter um pronunciamento jurisdicional sobre a existência das condições da ação ou sobre os pressupostos processuais constituiria, *de per sí*, tutela jurisdicional.

No último grupo, ajuntam-se os autores que sustentam que a expressão "tutela jurisdicional" é reservada não apenas para aqueles que têm razão no plano do direito substancial, mas também para os que não a têm, vez que os meios processuais foram postos à disposição para ambas as partes. Nesse caso, a tutela

jurisdicional é analisada não só do ângulo do direito material, mas também sob a ótica do direito processual, ou seja, dos meios processuais dos quais as partes podem se valer. Nessa categoria, estariam, por exemplo, Zavascki e Yarshell.

3.1.4 Análise dos conceitos de tutela jurisdicional: o conceito consentâneo às perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual

Como visto, existem basicamente três correntes dogmáticas sobre o conceito de tutela jurisdicional. Apenas uma delas, contudo, alinha-se com mais exatidão às perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual. Na verdade, a concepção de tutela jurisdicional a partir do resultado obtido no processo no plano do direito material é a mais adequada. O conceito de tutela jurisdicional deve ser estabelecido a partir da ótica dos resultados efetivos propiciados pelo processo.

Com efeito, não se pode admitir a conceituação da tutela jurisdicional a partir da noção de meio. Por outras palavras: a expressão "tutela jurisdicional" não pode ser empregada para caracterizar os meios processuais postos à disposição do jurisdicionado. Esses meios não constituem a essência da tutela, que se relaciona a outra noção: a de resultado no plano do direito material.

A conceituação de tutela jurisdicional de forma extensiva, abarcando os meios processuais postos à disposição dos jurisdicionados - desconsiderando-se a necessidade de obtenção de resultado no plano do direito material - é demasiado ampla. Na verdade, é necessário delimitar o conceito de tutela jurisdicional para aquelas hipóteses em que o processo realmente alcança o seu desiderato, que é a apresentação da solução do conflito no plano do direito material. Nesse sentido, pode-se trazer à baila o seguinte:

Parece-nos inconveniente formular conceito tão amplo de tutela jurisdicional, para quase confundi-lo com o princípio do devido processo legal e seus desdobramentos (princípios, garantias e regramentos). Yarshell afirma que "o próprio devido processo legal - independentemente de quem vença - é forma de tutela". Entendemos tratar-se

mais de aparelhamento do sistema para proporcionar tutela, que de forma de tutela jurisdicional¹²⁶.

A conceituação de tutela jurisdicional de forma ampla, abarcando não só o resultado do processo, mas também os meios postos à disposição do jurisdicionado, embora solucione alguns problemas de ordem eminentemente teórico-científica, não é adequada à idéia de processo de resultados. Melhor é, então, que a expressão tutela jurisdicional fique reservada para os casos de pronunciamentos de mérito no processo.

A incorporação dos meios postos à disposição do jurisdicionado no conceito de tutela jurisdicional é, ademais, desnecessária. Esses instrumentos, ou seja, esses meios postos à disposição do jurisdicionado, já estão assegurados pelo princípio fundamental do devido processo legal¹²⁷. Assim, é de bom alvitre que não se mescle o conceito de tutela jurisdicional com o de devido processo legal. A delimitação do conceito de tutela jurisdicional, portanto, deve quedar circunscrita à noção de sentença definitiva, ou seja, àquelas hipóteses em que seja apontada uma solução no plano do direito material.

Há que se diferenciar, nesse contexto, a tutela jurisdicional da prestação jurisdicional. A primeira está relacionada ao próprio resultado do processo no plano do direito material, ou seja, está reservada para as hipóteses em que o processo atinja o seu desfecho. A segunda, a seu turno, refere-se à própria atividade desenvolvida pelo Judiciário para compor os conflitos.

Assim, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou condições da ação, não há, a rigor, tutela jurisdicional, mas sim atividade jurisdicional. Nesses casos, o Judiciário prestou a atividade de composição de conflitos, mas ela não atingiu o seu desfecho, ou seja, o seu desiderato - que é a apresentação de uma solução no plano do direito material. Por outras palavras: embora tenha sido prestada a atividade jurisdicional, a tutela

¹²⁶ SOARES, Roberto Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123.

¹²⁷ Sobre a diferença entre os princípios processuais fundamentais e informativos, cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.

jurisdicional, na concepção aqui defendida, não o foi. Note-se que a tutela jurisdicional pressupõe atividade jurisdicional, mas esta não pressupõe necessariamente aquela.

Por fim, é oportuno ressaltar que a tutela jurisdicional é prestada tanto nas hipóteses de procedência do pedido, como nas hipóteses de improcedência, desde que o resultado tenha sido apresentado no plano do direito material. É que esta noção, como visto, deve ser alocada no plano do direito substancial. Assim, havendo provimento de mérito, a tutela jurisdicional terá sido concedida.

Não há nenhum absurdo, portanto, em se considerar que a tutela jurisdicional foi prestada ao réu no caso de improcedência do pedido. É que a solução da lide foi apresentada no plano do direito material e o processo atingiu o seu desfecho. Ora, mesmo ao réu, nesse caso, a tutela foi prestada, não se devendo associar necessariamente essa noção à de uma situação ou de uma sentença favorável ao autor.

A apresentação da solução no plano do direito material constitui a verdadeira tutela jurisdicional. Corresponde, na verdade, ao fim para o qual o processo foi instituído. O processo foi concebido como um meio para solucionar os conflitos, ou seja, para conceder a tutela jurisdicional. Em determinados casos, é possível que isso não ocorra, sendo prestada apenas a atividade jurisdicional, mas não a tutela jurisdicional.

Assim, basta o resultado no plano do direito material para ser considerada prestada a tutela jurisdicional tanto ao autor, como ao réu. Essa conceituação alinha-se às diretrizes contemporâneas do direito processual de aproximação do processo ao direito e à realização do escopo jurídico da jurisdição.

3.1.5 Tutela jurisdicional e a instrumentalidade substancial das formas

Como se verá adiante, a instrumentalidade substancial das formas constitui-se em importante mecanismo de concessão da tutela jurisdicional. É que este instituto aproxima o processo do plano substancial e, desse modo, propicia a concessão da tutela jurisdicional¹²⁸. Antes de se adentrar no estudo da instrumentalidade substancial das formas, entretanto, é imprescindível tecer algumas considerações sobre a técnica processual, sobretudo a técnica de interpretação, que constitui um outro pilar epistemológico para a construção da instrumentalidade substancial das formas.

3.2 TÉCNICA PROCESSUAL

O estudo da técnica jurídica nem sempre gozou do prestígio da doutrina. Na verdade, o ordenamento jurídico foi sendo edificado de modo nem sempre técnico, o que pode ser corroborado pelas não raras vezes em que os textos legais são apresentados de forma contraditória ou antagônica.

A antinomia, inclusive, é objeto de freqüentes estudos pela teoria geral do direito¹²⁹. Procura-se, assim, remediar as conseqüências que decorrem da inobservância da técnica jurídica em vez de aprimorá-la. Melhor seria que ocorresse o inverso, ou seja, que a técnica fosse aprimorada para que as antinomias fossem evitadas.

De qualquer forma, é no direito processual - mais do que em qualquer outro ramo do direito - que a técnica ganha fundamental importância. De fato, o processo, como instrumento de uma atividade, deve ser essencialmente técnico, para que os seus fins sejam alcançados e realizados. A técnica processual, ademais, tem sido

¹²⁸ Ressalte-se que o termo "tutela jurisdicional", doravante, será empregado no sentido que lhe foi concedido anteriormente, ou seja, restrito apenas aos casos em que foi apresentada uma solução no plano do direito substancial.

¹²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 430 et seq.

destacada pela doutrina como um dos fatores de maior relevância para a efetividade do processo¹³⁰.

Nesse contexto, intru-se que a técnica processual merece abordagem ao menos particularizada. De qualquer modo, antes de se adentrar no estudo da técnica processual, é necessário aduzir o conceito de técnica jurídica, já que aquela se insere nesta.

3.2.1 Técnica jurídica

Segundo Pasquier¹³¹, a técnica jurídica é o "conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica". Assim, a materialização do Direito é feita através da técnica jurídica. Por outras palavras: é exatamente essa técnica que propicia a transformação das fontes materiais do direito em fontes formais.

Ressalte-se, contudo, que a técnica jurídica não se restringe apenas ao procedimento de criação das normas. Mais do que isso, a idéia de técnica jurídica passa também pela de interpretação das normas criadas e de sua aplicação às situações concretas da vida em sociedade. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte excerto:

[...] Sob o título de Técnica Jurídica, a Ciência do Direito anunciava que havia uma técnica de criação, uma técnica de interpretação e uma técnica de aplicação do Direito, e passava à investigação detalhada e exaustiva dos procedimentos intelectuais da construção jurídica¹³².

¹³⁰ Ressalta a doutrina, inclusive, que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da efetividade. Nesse sentido: MOREIRA, 1997, p. 28.

¹³¹ Apud GONÇALVES, 2001, p. 32.

¹³² GONÇALVES, 2001, p. 31-32.

3.2.2 Técnica processual

A técnica processual é uma espécie da técnica jurídica. Na verdade, é na esfera processual que a técnica desponta a sua importância. Já se ressaltou, inclusive, que, no direito processual, renegar a técnica decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar a nossa ciência. Dessa forma, nenhum estudioso do processo que preze pela sua ciência tem o direito de desinteressar-se pura e simplesmente pelas questões técnicas¹³³.

Desde já, portanto, afaste-se a idéia mal propalada de que, para obtenção da efetividade no processo, deve-se afastar a técnica processual. Muito pelo contrário, a aplicação da técnica processual contribui decididamente para a efetividade do processo¹³⁴. O que deve ser afastado é o tecnicismo processual, ou seja, a utilização da técnica por si só, dissociada dos verdadeiros fins do processo. O emprego da técnica processual de modo a conduzir o processo ao seu desfecho é extremamente louvável.

A rigor, o conceito de técnica processual não é abordado por muitos autores. Podetti¹³⁵ a conceitua, contudo, como o conjunto de procedimentos idôneos à realização do direito processual, desde a elaboração e formulação da norma, até a interpretação das normas processuais e jurídicas em geral. Assim, a técnica processual vale-se não só de mecanismos para construção das normas processuais, mas também de instrumentos para interpretação daquelas que já foram elaboradas.

O precitado autor destaca, ainda, que a técnica processual deve ser analisada sob três aspectos: a) o da técnica adequada para elaboração do direito processual; b) o da forma de ensinar o direito processual e c) o da interpretação das normas¹³⁶. Nota-se, assim, que a técnica processual, na verdade, subdivide-se em três outros tipos de técnicas: a de elaboração, a de conhecimento e a de interpretação.

¹³³ MOREIRA, 1997, p. 23-27 passim.

¹³⁴ GAMA, 1999, p. 35.

¹³⁵ PODETTI, 1963, p. 303.

¹³⁶ Ibidem, p. 304.

3.2.2.1 Técnica de elaboração

A técnica de elaboração está relacionada à técnica legislativa de construção das normas processuais. O seu campo de estudo não se adstringe apenas ao direito processual, já que é no direito constitucional que está delineado o procedimento legislativo de elaboração das normas.

No direito processual, todavia, é que poderão ser encontradas as diretrizes das normas processuais que serão elaboradas, ou seja, o efetivo conteúdo que elas deverão veicular. Deve-se ressaltar que o conteúdo das normas processuais é de suma relevância para a efetividade do processo e para o alcance de seus resultados substanciais.

A criação de um sistema processual repleto de incidentes processuais desnecessários e complexos, por exemplo, pode resultar na construção de um processo lento e desprovido de efetividade. Para dar efetividade ao processo, portanto, é necessário que as reformas legislativas do CPC estejam alinhadas à técnica processual, de modo a aproximar sempre o processo do direito material. Deve-se ter em mente que a efetividade do processo "depende fundamentalmente da correspondência entre a forma e a realidade"¹³⁷.

3.2.2.2 Técnica de conhecimento

A técnica de conhecimento está relacionada à forma pela qual o direito processual deve ser ensinado nos centros de ensino, ou seja, nas faculdades e universidades de Direito. Essa técnica é ressaltada por Podetti¹³⁸ a partir de escritos de Calamandrei.

¹³⁷ BEDAQUE, 2001a, p. 59.

¹³⁸ PODETTI, 1969, p. 315 et seq.

Nesse aspecto, deve-se destacar que o número de disciplinas destinadas ao estudo do direito processual deve ser maximizado. Podetti¹³⁹ sugere que, pelo menos, cinco disciplinas de direito processual civil sejam lecionadas e que o estudo do direito processual deve principiar desde o segundo ano letivo. O autor destaca, ainda, que mais importante do que a fixação de artigos de lei por parte dos discentes, é a compreensão da essência dos institutos processuais e de suas finalidades.

3.2.2.3 Técnica de interpretação

A técnica processual passa ainda pela interpretação das normas processuais. Interpretar é avaliar, ou seja, analisar o sentido e o alcance de uma norma. Na esfera processual, a técnica de interpretação a ser adotada deve sempre levar em conta as finalidades para as quais o processo foi instituído.

Não se pode admitir que o processo seja interpretado de forma apartada da sua realidade social. Ora, se o processo foi concebido para ser um instrumento de solução dos conflitos, a interpretação das normas de natureza processual deve ser feita, sempre, levando-se em consideração esse desiderato. Nesse passo, as normas processuais devem ser interpretadas precipuamente pelo método teleológico¹⁴⁰.

A idéia de que o processo foi concebido como meio, e não como fim, deve orientar toda a exegese dos institutos processuais. Não se pode mesmo admitir que as normas processuais sejam interpretadas por si só, ou seja, de modo dissociado da realidade para a qual elas foram concebidas.

¹³⁹ PODETTI, 1969, p. 315 et seq.

¹⁴⁰ Não se quer, com isso, sustentar que as normas processuais não devem ser interpretadas pelos outros métodos de interpretação das leis, como o gramatical, sistemático, histórico etc. Já ressaltou a doutrina, há algum tempo, que a norma processual deve ser interpretada da mesma forma que as demais. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Millenium editora, 1998. v. 1. p. 79. De qualquer forma, o que se quer aqui, na verdade, é focar a necessidade de utilização dos métodos de interpretação das leis no direito processual sempre considerando a finalidade para a qual o processo foi instituído, ou seja, a teleologia do processo.

Sendo a finalidade do processo aplicar e realizar o direito material, todas as construções teórico-dogmáticas que primem pela aproximação do processo ao direito material devem ser valorizadas. Nesse contexto, os institutos processuais devem ser interpretados sempre de maneira a conduzir o processo ao seu desfecho primordial, que é a apresentação da solução no plano do direito material.

Na técnica de interpretação, é possível que sejam encontradas soluções para o problema da efetividade do processo. Na verdade, mais do que mudar as normas previstas na legislação processual, é preciso que se mude a mentalidade dos operadores do direito, de modo que eles passem a realizar exegeses de institutos processuais sempre adequadas aos seus fins. Com relação a esse aspecto, pode-se aduzir o seguinte:

É preciso, todavia, que tais iniciativas de reformulação não se limitem ao aspecto legislativo do direito processual. Mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do Direito, que devem se conscientizar dos verdadeiros objetivos de sua ciência¹⁴¹.

3.2.3 Auxílio da lógica: instrumento para raciocínio do processo

O emprego da lógica¹⁴² na esfera processual é de grande valor para que o processo atinja os seus fins. Na verdade, a técnica processual deve ser utilizada sempre de forma lógica, pretendendo-se alcançar a solução no plano do direito material. Não pode o magistrado, por exemplo, ao aplicar a lei processual, resvalar do caminho que conduza à apresentação da solução do conflito no plano do direito material.

A lógica pode ser considerada no Direito Processual como um instrumento para raciocínio do processo. Não atende, por exemplo, às leis da lógica a não extinção do processo sem julgamento de mérito - nos casos em que isso for necessário - logo no início do procedimento. Como lembra Gama¹⁴³, o juiz que não extingue o processo

¹⁴¹ BEDAQUE, 2001a, p. 60.

¹⁴² "A lógica preocupa-se apenas com o raciocínio, que é uma espécie de pensamento em que se inferem ou se derivam conclusões a partir de premissas, entretanto, não para estabelecer leis para o seu desenvolvimento, mas tão-somente para verificar a correção do resultado já completado [...]" (GONÇALVES, 2001, p. 40).

¹⁴³ GAMA, 1999, p. 35.

sem julgamento de mérito, ao despachar a inicial ou no momento da decisão de saneamento, comete erro grosseiro e promove o desperdício de tempo e dinheiro.

A lógica deve informar todo o raciocínio do processo. Nesse diapasão, as sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito devem ser evitadas, já que o processo não foi concebido para esse fim. Deve-se primar, sempre que possível, pela apresentação de soluções no plano do direito material para os conflitos de interesses submetidos à apreciação do Judiciário.

Outro exemplo da utilização da lógica no processo pode ser encontrado na aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 154 e 244 do CPC. Por esse postulado, se o ato atingiu o seu fim, ainda que não realizado em consonância com a forma prescrita em lei, deve ser admitido como válido. Nada mais lógico do que esse princípio: ora, se o fim do ato foi alcançado, não seria lógico desperdiçá-lo e repeti-lo somente porque a forma não foi observada.

Advirta-se, por fim, que, embora a lógica seja um importante instrumento para raciocínio do processo, ela não esgota, por si só, a atividade do jurista. Na verdade, como lembra Perelman¹⁴⁴, o magistrado deve recorrer a raciocínios alheios à matemática para solucionar as questões fáticas que lhe são submetidas à apreciação. Em relação às questões de fato, as soluções apresentadas pelo jurista não podem cingir-se a raciocínios puramente formais.

3.3 EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ATRAVÉS DA TÉCNICA PROCESSUAL

A tutela jurisdicional, ou seja, a apresentação da solução no plano do direito material pode ser facilitada através do emprego da técnica processual. Por outras palavras: é por meio da técnica de elaboração, conhecimento e interpretação que a tutela jurisdicional pode ser efetivada.

¹⁴⁴ PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 472.

3.3.1 Crise do Judiciário, tutela jurisdicional e técnica processual

O Judiciário, como é público e notório, trespassa por um momento de crise quanto à sua verdadeira legitimidade. A jurisdição moderna está em crise. A lentidão dos processos, a morosidade da Justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais estão conduzindo os jurisdicionados a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário. A doutrina tece a seguinte consideração a respeito desse assunto: "Mesmo o Poder Judiciário, sempre intocável, já não merece a confiança popular"¹⁴⁵.

Quiçá isso se justifique até mesmo pela abertura das portas do Judiciário para toda a sociedade, o que implicou uma multiplicidade de demandas que o aparato estatal não está sendo capaz de absorver com a devida propriedade¹⁴⁶. De qualquer modo, a necessidade de mudança torna-se evidente.

Nesse contexto, dentre outras mudanças, é de fundamental importância que a tutela jurisdicional seja sempre efetivada na prestação da atividade jurisdicional, de modo a resgatar a confiança do jurisdicionado. E a técnica processual constitui-se em um dos instrumentos aptos a realizar tal mister.

3.3.2 A busca de soluções endoprocessuais através da técnica de interpretação

Não se nega que a necessidade de mudança da legislação processual é ostensiva. Nesse particular, desponta a necessidade de ser utilizada a técnica processual de elaboração com maior cautela e meticulosidade. Ao processualista crítico e alinhado

¹⁴⁵ BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 206.

¹⁴⁶ Abertas as portas do Judiciário para dirimir todos os conflitos de interesses, com a respectiva implementação da assistência judiciária para os pobres e a criação de mecanismos de tutela dos direitos transindividuais, cumpre, agora, analisar qual o grau de satisfação dos jurisdicionados em relação à atividade de composição de conflitos que está sendo prestada pelo Estado. Eis aí o grande problema da terceira onda do acesso à justiça. Sobre o acesso à justiça, cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. 168 p.

aos fins de sua ciência, contudo, não se reserva o direito de apenas tecer críticas quanto ao sistema normativo¹⁴⁷.

Com efeito, deve apontar soluções dentro do próprio sistema processual, de modo a viabilizar alternativas para os problemas da efetividade do processo. Nesse contexto, cabe ao estudioso do processo valer-se sempre da técnica processual de interpretação e indicar soluções no sistema processual que efetivem a tutela jurisdicional. Soluções endoprocessuais, portanto, devem ser encontradas pela utilização da técnica de interpretação.

3.3.3 A instrumentalidade substancial das formas como forma de efetivação da tutela jurisdicional

A partir do emprego da técnica de interpretação é possível construir-se a instrumentalidade substancial das formas. Na verdade, a horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 154 e 244 do CPC, com a sua respectiva aplicação aos pressupostos processuais e às condições da ação pode ser admitida mediante o emprego da técnica processual de interpretação.

A instrumentalidade substancial das formas, obtida através da técnica de interpretação, por facilitar a apresentação de soluções para a lide no plano do direito substancial, constitui-se em forma de efetivação da tutela jurisdicional.

¹⁴⁷ Ademais, a doutrina registra que os principais problemas do Judiciário não serão resolvidos por meio de reformas legislativas, mas sim através da mudança de mentalidade dos operadores do direito. Nesse sentido: FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

4 INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS

Tecidas as considerações sobre a evolução dogmática do direito processual, delineadas as suas perspectivas e diretrizes contemporâneas, analisado o conceito de tutela jurisdicional e a técnica para a sua efetivação, há ostensivo suporte epistemológico para cunhar-se a instrumentalidade substancial das formas. Na verdade, a construção desse instituto tem origem no princípio da instrumentalidade das formas, que rege as matérias referentes às nulidades processuais.

É imperioso, contudo, que, antes de se adentrar no estudo do conteúdo da instrumentalidade substancial das formas, seja feita uma análise, ainda que perfunctória, da teoria geral das nulidades processuais. Com efeito, como a instrumentalidade substancial das formas foi cunhada a partir de um princípio que rege a matéria das nulidades processuais, deve-se, primeiramente, aduzir um breve estudo desse assunto.

Compreender, portanto, a teoria geral das nulidades processuais constitui-se em requisito prévio para o trato da instrumentalidade substancial das formas. Ademais, desde logo, é de bom alvitre consignar que esse instituto representa uma verdadeira horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 154 e 244 do CPC e que rege as nulidades processuais.

Por outras palavras: a instrumentalidade substancial das formas constitui-se em uma extensão do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo¹⁴⁸, ou seja, àqueles processos nos quais há ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação.

As matérias referentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, de fato, não resvalam, no plano epistemológico, da categoria das nulidades processuais. Assim, o estudo prévio desta matéria aduziu-se como imperioso.

¹⁴⁸ As nulidades de fundo se contrapõem às nulidades de forma. A análise do conteúdo dessas duas categorias de nulidades será realizada logo adiante.

4.1 TEORIA GERAL DAS NULIDADES PROCESSUAIS

Destaca Bedaque¹⁴⁹ que o problema das nulidades processuais foi relegado a um plano inferior e poucos são os que se aventuram em enfrentar as dificuldades da tormentosa matéria. A carência de estudos, contudo, justifica-se na sua própria complexidade. Não foi por outra razão, inclusive, que Aragão ressaltou que o capítulo referente às nulidades processuais do CPC constitui-se em um dos seus capítulos de maior grau de dificuldade. Assim manifestou-se o citado autor:

Nulidades - É este um dos mais árduos capítulos do Código. Tanto faz que seja encarado por um ou outro de seus ângulos, as dificuldades são grandes e pouco variam. Complexo para o legislador, que tem de elaborá-lo, e para o magistrado, que tem de aplicá-lo. Penoso para uma das partes, que vê perdido o seu esforço, e para outra, que poderá sofrer os efeitos de um ato indevido¹⁵⁰.

De qualquer sorte, modernamente, dadas as diretrizes e as perspectivas contemporâneas do direito processual, mais importante do que envidar esforços no sentido de se desenvolver uma teoria geral das nulidades processuais é avaliar e desenvolver os mecanismos de convalidação das nulidades dos atos processuais. A concepção instrumental do processo e o seu respectivo escopo jurídico demandam essa orientação¹⁵¹.

Assim, não se pretende, aqui, desenvolver ou mesmo construir uma teoria geral das nulidades processuais. Isso seria mesmo demasiado pretensioso. Pretende-se, na verdade, abordar aspectos gerais da teoria geral das nulidades dos atos processuais, imprescindíveis ao objeto desta dissertação, de modo a facilitar a compreensão das premissas que serão desenvolvidas sobre a instrumentalidade substancial das formas.

¹⁴⁹ BEDAQUE, 1990, p. 35.

¹⁵⁰ ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. p. 255.

¹⁵¹ Na doutrina, há orientação sustentando a necessidade de construção de uma nova teoria das invalidades processuais, desatrelada de conceitos importados de outros ramos do direito, considerando as particularidades do direito processual, sobretudo, a especificidade do seu objeto, a sua instrumentalidade, a perspectiva teleológica de suas normas etc. Essa necessidade é defendida por FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (apud MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. **Invalidades no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 277).

4.1.1 Considerações iniciais: formas processuais e formalismo

O processo constitui-se em um instrumento da atividade jurisdicional. Como tal, é composto de uma sucessão de atos processuais, que estão sujeitos a determinados modelos legais, ou seja, a determinadas formas processuais¹⁵². Não se pode negar a importância das formas processuais para o bom desenvolvimento do procedimento e, sobretudo, como um meio de garantia para as partes quanto aos atos que serão praticados durante o processo.

Já ressaltava Santos¹⁵³, inclusive, que "a forma, convenientemente regulamentada, o quanto possível simples, sem prejuízo da substância a que serve, é tão necessária quanto é o corpo à alma que nele se encerra". As formas processuais, assim, desde que utilizadas de modo racional, podem ser consideradas como imprescindíveis ao bom desenvolvimento dos atos do processo¹⁵⁴.

Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e freqüentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias ao processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza¹⁵⁵.

Não se deve admitir, contudo, a maximização do valor das formas processuais, como se elas pudessem constituir um fim em si mesmas. O processo é essencialmente formal, mas não deve ser considerado como o centro metodológico da atividade jurisdicional.

¹⁵² "As atividades realizadas no processo, quer pelas partes, quer pelo órgão jurisdicional, não são livres. Ao revés, toda e qualquer manifestação está condicionada a requisitos de tempo, lugar e modo de exteriorização. É o que se denomina de 'formas processuais[...]' (FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento, cautelar e execução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 359).

¹⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 61.

¹⁵⁴ O próprio Montesquieu, na sua obra "Espírito das Leis", já sustentava que "as formalidades da justiça são necessárias para a liberdade" (apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 172).

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 6.

Como lembra Oliveira¹⁵⁶, "a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas". Deve-se, assim, evitar o formalismo processual¹⁵⁷, ou seja, o apego injustificado e desnecessário às formas processuais. Sobre o exposto, pode-se trazer à ribalta os seguintes escólios:

O juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve obedecer às formalidades do processo, garantia do estado de direito¹⁵⁸.

A finalidade do processo é instrumental, ou seja, fazer valer um interesse primário aviltado. Exatamente por isso o processo não pode se constituir, ele mesmo, num óbice a este desiderato, a ponto de confundir-se formalismo com formalidade¹⁵⁹.

É bem verdade que as formas são de suma relevância para o procedimento e para o regular desenvolvimento do processo. Não se deve admitir, contudo, que operador do direito sujeite-se de modo irracional e incondicionado às formas processuais, já que elas somente se justificam enquanto meios de se lograr fins. Assim, logrado o fim, ainda que não observada uma determinada forma processual, deve-se reputar o ato como válido.

Ademais, entender de forma diversa, implicaria em desvirtuar a própria finalidade para a qual foi concebido o processo judicial. Nesse contexto, portanto, as formas processuais ganham relevância como meios para obtenção de fins, e qualquer afastamento dessa idéia implicará formalismo e elevação do processo ao patamar

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

¹⁵⁷ A expressão "formalismo processual" não é empregada, aqui, no sentido que lhe imprime o prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1997, p. 6-9), ou seja, como forma em sentido amplo, a totalidade formal do processo, compreendendo delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades. A precitada expressão é empregada nesta dissertação em seu sentido negativo, para designar a superfetação da forma. Corresponde exatamente àquilo que o prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1997, p. 6) designa de formalismo excessivo.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 618. No mesmo sentido, destacando a necessidade de ser combatido o excesso de formalismo, que sacrifica a realização da justiça, cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

¹⁵⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 74

de medida de todas as coisas. A realização da justiça não pode ser inviabilizada pelo excesso de formalismo¹⁶⁰.

4.1.2 Sistemas que regem as nulidades

Muito já se discutiu na doutrina sobre qual seria o melhor sistema sobre as nulidades processuais. Na verdade, existem diversos sistemas, os quais apresentam suas respectivas vantagens e desvantagens. Destaca Komatsu¹⁶¹ que duas são as linhas principais desses sistemas: a dos sistemas rígidos, que especificam rigorosamente as nulidades e a dos sistemas genéricos, que proporcionam fórmulas abertas e deixam ao intérprete a adequação aos casos concretos.

O mais antigo dos sistemas ficou conhecido como sistema do absolutismo da lei, adotado pelos romanos, sobretudo no período das *legis actiones*. Por esse sistema, qualquer resvala à forma prescrita na legislação, por mais ínfimo que fosse, redundaria na nulidade do ato.

As formas, nesse sistema, podem ser consideradas como sagradas e de observância irrestrita e obrigatória. Santos¹⁶² ressalta que, nesse sistema, "agarram-se os animais pelos chifres e os homens pelas palavras". Exatamente por privilegiar a forma em detrimento do seu conteúdo, ou seja, do fim do ato, esse sistema propiciou a perpetração de grandes injustiças¹⁶³.

¹⁶⁰ Ademais, outra não foi a conclusão a que chegou o Min. Sálvio de Figueiredo, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 15713-MG. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. DJU 24.2.92, p. 1876. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 313).

¹⁶¹ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 76 e 77.

¹⁶² SANTOS, 2004, p. 62.

¹⁶³ Registra a doutrina que no "direito romano primitivo vigorava o princípio do absolutismo da lei ou da sacramentalidade das formas. As próprias palavras da lei deveriam ser reproduzidas sob pena de nulidade. Conhecido é o exemplo dado pelo jurista Gaio: se a lide se referia a uma videira e o autor usava o termo *vitis* (videira), mas a lei (no caso a Lei das XII Tábuas) prescrevia *arbos* (árvore), a ação não podia ser acolhida" (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 2. p. 11).

O segundo sistema é o judicial. De acordo com esse sistema, o tribunal fica autorizado a apreciar os efeitos, ou seja, as conseqüências da nulidade do ato, permitindo-se, inclusive, que se declare o ato nulo ou não. Esse sistema concede aos juízes e aos tribunais poderes extremados e absolutos, criando um ambiente de incerteza quanto aos pronunciamentos judiciais sobre as nulidades.

Certamente, esse sistema conduziria ao processo dito inquisitório¹⁶⁴. Ademais, dele decorreriam outros problemas de ordem pragmática. Como lembra Greco Filho, "a individualidade de cada magistrado e tribunal geraria a desigualdade entre as partes num processo e a desigualdade entre os diversos processos"¹⁶⁵.

O terceiro sistema é chamado de legalista. Por essa concepção, não se admitem as nulidades, senão nos casos expressamente previstos em lei. A declaração da nulidade, nesse sistema, está condicionada à prévia determinação legal. Por outras palavras, não há nulidade sem lei que a determine. Vigee, pois, o princípio *pás de nullité sans texte*.

O quarto sistema é o da legalidade instrumental¹⁶⁶. Por esse sistema, não há nulidade senão quando houver prejuízo para a parte. Vigora o princípio *pás de nullité sans grief*, de modo que a decretação da nulidade de um ato processual está condicionada à situação de o ato não ter atingido a sua finalidade e ter gerado prejuízo. Trata-se do sistema mais moderno e que está em maior consonância com as diretrizes contemporâneas do direito processual.

Na verdade, não existe uma razão lógica na decretação da nulidade de um ato processual nos casos em que ele tenha atingido o seu escopo, isto é, a sua finalidade. Como lembra Enrique Palácio¹⁶⁷, não existe nulidade pela nulidade mesma. Encampar entendimento diverso, inclusive, implicaria a sobreposição da

¹⁶⁴ SANTOS, 2004, p. 63.

¹⁶⁵ GRECO FILHO, 2003a, p. 10.

¹⁶⁶ A expressão "legalidade instrumental" é de Greco Filho (2003a, p. 11).

¹⁶⁷ ENRIQUE PALACIO, Lino. **Manual de derecho procesal civil**. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 331.

forma ao conteúdo, idéia que preponderou no sistema do absolutismo da lei. Sobre o exposto, pode-se expor o seguinte:

O sistema moderno, que pode ser chamado da legalidade instrumental, descreve, também, os atos processuais em tipos ou modelos, mas admite, respeitado certo mínimo fundamentado no interesse público, como válidos os atos praticados de maneira diversa da prevista no Código se alcançarem sua finalidade essencial. A forma, portanto, não existe para ser respeitada como bem em si mesmo. Ela existe para alcançar determinada finalidade, a qual, se alcançada com outra forma, assegura a preservação do ato. Em princípio, ela deve ser respeitada, mas se aceita o ato que atingiu seu fim de outro modo¹⁶⁸.

Uma análise do CPC, ainda que perfunctória, permite concluir que, no Brasil, adotou-se o sistema da legalidade instrumental. Pontes de Miranda, em 1974, já havia consignado, ao tratar das nulidades processuais, que "o legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos"¹⁶⁹. Sobre o sistema que rege as nulidades, encampado pelo CPC, pode-se trazer à ribalta o seguinte escólio:

Afastou-se o legislador, dessa maneira do sistema formalista, em que as inobservâncias da forma sempre importam em nulidade. Também não seguiu o chamado sistema judicial, do arbítrio exclusivo do juiz, que implicaria a adoção do princípio da liberdade das formas processuais. Não abraçou rigorosamente o sistema de que não há nulidade sem previsão de lei ("ne pás de nullité san texte"). [...] Não abandonou, de todo, o respeito às formas, visto que, no mencionado sistema, todas as formas previstas em lei são relevantes. Mas veio temperado pelo princípio da instrumentalidade das formas e da alegação adequada da inobservância da lei processual [...]¹⁷⁰.

4.1.3 Os planos da existência, validade e eficácia

Os planos da existência, da validade e da eficácia não podem ser confundidos. Embora esses planos estejam estreitamente vinculados e sejam, de certa forma, interconexos, eles não se confundem entre si. Realmente, como lembra Pontes de Miranda¹⁷¹, os juristas, não raramente, incorrem no erro de confundir "ser, valer e ter

¹⁶⁸ GRECO FILHO, 2003a, p. 11-12.

¹⁶⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 154 a 281. 2. ed. São Paulo: Forense, 1974. t. 3. p. 321. Encampando esse mesmo entendimento, cf. TUCCI, Rogério Lauria. **Temas e problemas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 156.

¹⁷⁰ KOMATSU, 1991, p. 102.

¹⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1. p. 22.

efeitos, como se fossem equivalentes ser, ser válido, ser eficaz, ou não ser, não ser válido, ser ineficaz".

O primeiro, o da existência, é o plano do ser. Não se cogita, aqui, nesse plano, quanto à validade ou quanto à eficácia de um determinado ato. Na verdade, analisa-se apenas a sua existência ou não. Inexistente, portanto, é o não-ser, ou seja, é o ato que ainda não foi realizado.

A inexistência, contudo, pode estar no plano fático ou jurídico. Por outras palavras: um ato pode não existir por circunstâncias fáticas, ou seja, por não ter sido ainda realizado, ou pelo não preenchimento de circunstâncias jurídicas imprescindíveis. A inexistência, no primeiro caso, está no plano dos fatos, enquanto, no segundo, está no plano jurídico. Neste último caso, embora o ato possa até existir no plano pragmático, ele não reúne um mínimo de elementos necessários à sua caracterização na esfera jurídica. Por isso mesmo é ele inexistente.

A sentença que ainda não foi prolatada por um magistrado, por exemplo, é um ato inexistente. Da mesma forma, se o requerido não foi chamado a juízo para apresentar defesa em uma determinada ação, é porque a citação foi inexistente. A inexistência, nesses casos, decorre pura e simplesmente da não realização do ato. É uma inexistência fática.

Como dito, contudo, é possível também que o ato exista no plano fático, mas, dada a ausência de certos requisitos essenciais à sua caracterização, ele inexista no plano jurídico. Nesses casos, o ato é inexistente em decorrência da enorme mácula que o impregna. Cite-se como exemplo a sentença prolatada por um escrivão ou por um delegado de polícia. Embora esse ato possa existir materialmente, não tem qualquer existência no plano jurídico.

O casamento realizado perante quem não tenha competência, por exemplo, por um delegado de polícia, não configura fato jurídico; simplesmente, não existe como tal. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem precisa ser desconstituído jurisdicionalmente. A inexistência é o não-ser, não podendo ser, portanto, qualificado¹⁷².

¹⁷² KOMATSU, 1991, p. 31.

O segundo plano é o da validade. Como lembra Komatsu¹⁷³, "realmente, entre existir e produzir efeitos, se interpõe a questão de valer". É no plano da validade que se analisa a tipicidade do ato, ou seja, o seu tipo¹⁷⁴. É possível que o ato exista, mas seja inválido, por não preencher os seus respectivos requisitos para adentrar no plano jurídico.

A validade do ato relaciona-se à observância das normas jurídicas. Se um ato atendeu às normas positivadas, esse ato pode ser considerado como válido, ou seja, em consonância com a ordem jurídica. No plano da validade, portanto, analisa-se a tipicidade do ato à moldura legal. Esse plano relaciona-se às nulidades¹⁷⁵. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

Diz-se inválido o ato processual quando este não se conforma com o esquema abstrato predisposto pelo legislador (tipo). Em outros termos, ato processual atípico é ato processual inválido. A lei estabelece uma série de ditames, os quais devem ser respeitados por aquele que vá praticar um ato processual. O descumprimento do ônus de praticar o ato processual de acordo com as regras estabelecidas em lei tem como consequência a sua invalidade¹⁷⁶.

Por fim, tem-se o plano da eficácia, que está correlacionado à produção de efeitos pelo ato. Na verdade, como lembra Mello¹⁷⁷, "o plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade". De qualquer modo, nesse plano, não se tem em mira a produção de quaisquer efeitos, mas sim a produção dos efeitos esperados e previstos na norma.

¹⁷³ KOMATSU, 1991, p. 33.

¹⁷⁴ O conceito de tipo do ato é aduzido na doutrina da seguinte forma: "O tipo (fatispecie) do ato é, pois, o modelo, ou também se poderia dizer a amostra do ato que o legislador constrói com o objetivo de regular o procedimento, isto é, de fazê-lo idôneo para o fim" (PASSOS, Calmon. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 78).

¹⁷⁵ O plano da validade relaciona-se às nulidades do ato, enquanto o da eficácia, como se verá adiante, relaciona-se à produção de efeitos. Nesse sentido: "Em primeiro lugar, antes de abordarmos o tema 'nulidades' propriamente dito, cabe separarmos os planos de validade, a que dizem respeito as nulidades, e o da eficácia, a que concerne o problema da produção de efeitos" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 110).

¹⁷⁶ CÂMARA, 2002, p. 221.

¹⁷⁷ Apud MATTOS, 1997, p. 265.

Discute-se, em sede doutrinária, se a expressão "eficácia" está relacionada à efetiva produção de efeitos ou à aptidão para produzi-los. São partidários da primeira vertente Pisanelli, Novelli e Pontes de Miranda; da segunda, Valles, Giannini e Cretella Junior¹⁷⁸.

Registre-se, primeiramente, que não "é possível, em boa lógica, identificar as duas entidades sob a mesma designação"¹⁷⁹, ou seja, não se pode, a rigor, utilizar a expressão "eficácia" para designar a efetiva produção de efeitos e também a aptidão para produzi-los. Assim, a expressão "eficácia" deve designar ou a efetiva produção de efeitos, ou a aptidão para produzi-los.

O ato eficaz é aquele que, de fato, produz efeitos. Na verdade, a potencialidade para produção dos efeitos não se relaciona, a rigor, com a eficácia, mas sim com a validade do ato: se o ato é válido, ele tem aptidão para produzir os efeitos, o que não significa dizer que irá produzi-los. Essa noção de produção efetiva dos efeitos situa-se no plano da eficácia.

Diante dessa sistematização, é perfeitamente possível inferir que o ato inválido, a despeito da ausência de tipicidade, pode produzir efeitos. Basta, para tanto, que a sua invalidade não seja reconhecida. Registre-se, ademais, que, se o ato, malgrado atípico, atingiu a sua finalidade, ou seja, produziu os efeitos esperados, não há porque se declarar a sua invalidade. Se o fim colimado foi logrado, pouco importa que o ato não tenha se subsumido ao modelo legal.

Pelo exposto, infere-se a plena autonomia dos planos da existência, validade e eficácia. Assim, é perfeitamente possível, como lembra Marcos Bernardes de Melo¹⁸⁰, serem encontradas as seguintes situações em que o ato: a) existe, é válido e eficaz (ex. casamento de homem e mulher, sem qualquer impedimento e realizado perante autoridade competente); b) existe, é válido e é ineficaz (ex. o testamento de

¹⁷⁸ Apud KOMATSU, 1991, p. 36.

¹⁷⁹ NOVELLI apud KOMATSU, 1991, p. 37.

¹⁸⁰ Apud KOMATSU, 1991, p. 30.

pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência do óbito); c) existe, é inválido e é eficaz (ex. casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade); d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita pessoalmente por pessoa absolutamente incapaz); e) existe e é eficaz (nascimento com vida); f) existe e é ineficaz.

4.1.4 Nulidades ou invalidades?

Restou consignado que o plano da validade está intimamente relacionado à nulidade do ato processual. Não se observando o tipo definido em lei, ou seja, afastando-se da forma definida pelo legislador, o ato será considerado inválido. Há quem sustente na doutrina que a nulidade equivale à própria invalidade do ato e à pena imposta pela infração da lei¹⁸¹.

Intruje-se, nesse particular, que a nulidade pode estar relacionada com o vício do ato em si, ou mesmo com a sanção para a inobservância de uma determinada forma. Por outras palavras: a nulidade relaciona-se tanto com o defeito do ato, como com a consequência desse defeito - a sanção -, que seria a declaração do vício.

De qualquer modo, se se considerar a nulidade como defeito do ato, de melhor alvitre seria o emprego da expressão "invalidade". É que esta expressão é mais ampla do que "nulidade". Na verdade, aquela constitui gênero do qual esta é uma espécie. De fato, a invalidade, ou seja, a inobservância do tipo definido em lei, pode culminar em atos viciados nos mais diversos graus, como a inexistência, a nulidade absoluta, a nulidade relativa, a anulabilidade e a mera irregularidade. A nulidade constitui-se apenas em um tipo de invalidade.

Dall'Agnoli¹⁸² ressalta, nesse contexto, que melhor seria que a doutrina empregasse a expressão "invalidades", exatamente pelo fato de ser ela mais ampla do que a

¹⁸¹ Essa é a orientação de Pimenta Bueno e Cunha Sales, encampada por Prata (PRATA, Edson. **Processo de conhecimento**. São Paulo: LEUD, 1989. v. 2. p. 572).

¹⁸² Apud WAMBIER, 1998, p. 116.

expressão "nulidades". Contudo, como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸³, o vocábulo "nulidade" já teve o seu uso consagrado no sentido de equivalência à "invalidade", motivo pelo qual será adotado nesta dissertação.

4.1.5 Espécies de nulidades

As nulidades¹⁸⁴ são classificadas em categorias, as quais possibilitam a melhor compreensão dos seus respectivos efeitos na esfera processual. Essas classificações são estipuladas com base na intensidade dos vícios que acometem certos atos do processo, de modo a possibilitar a definição das diretrizes para tratamento desses atos maculados.

Assim, diz-se, por exemplo, que uma categoria das nulidades processuais é a irregularidade. Essa categoria de nulidade não gera nenhum prejuízo às partes e não demanda a prática de nenhum outro ato para a sua convalidação. De qualquer forma, na doutrina pode ser encontrada uma pluralidade de classificações quanto às nulidades processuais, as quais serão abordadas logo adiante.

4.1.5.1 Consideração prévia: a inaplicabilidade do sistema das nulidades de direito privado ao direito processual

As nulidades processuais apresentam tipificação e sistema próprios. Na verdade, não se deve mesmo transpor para o direito processual o sistema que rege as nulidades na esfera do direito privado. As especificidades de cada ramo do direito implicam a necessidade de adoção de sistemas específicos em matéria de nulidades. Embora seja possível admitir-se a existência de uma teoria geral das nulidades, a rigor, em cada ramo do direito, as nulidades ganham peculiaridades próprias¹⁸⁵.

¹⁸³ WAMBIER, 1998, p. 116. A mesma ressalva é feita por MATTOS, 1997, p. 264.

¹⁸⁴ Como visto, melhor seria que se fizesse uso da expressão espécies de "invalidades" e não de "nulidades", já que aquela é gênero do qual esta é espécie.

¹⁸⁵ É com base nessas considerações que Galeno Lacerda tece crítica à classificação das nulidades proposta por Carnelutti. Na verdade, a sistematização proposta por este último autor tanto vale para o

A transposição das normas que regem as nulidades no direito privado para a esfera do direito processual - que é público - pode gerar transtornos de ordem operacional. O processo, enquanto instrumento de uma atividade estatal, demanda tratamento diferenciado quanto às nulidades dos seus atos. Na verdade, os atos processuais, que compõem o processo, apresentam requisitos específicos e objetivos próprios, os quais os apartam dos demais atos jurídicos. Daí a necessidade de uma sistematização peculiar.

A regulamentação jurídica das nulidades processuais não se identifica, assim, com aquela contida no Código Civil para os atos jurídicos de direito privado. O ato processual tem os seus aspectos peculiares, o que torna imperativa uma disciplina legal própria para a sanção jurídica das nulidades processuais¹⁸⁶.

Tendo em vista que existe diferenciação entre os sistemas de nulidades de direito privado e de direito processual, não se pode, a rigor, transpor as regras daquele sistema para este¹⁸⁷. Assim, não serão os princípios que regem as nulidades de direito privado que irão reger as nulidades processuais¹⁸⁸. Como já ficou consignado, o direito processual pertence ao direito público, sendo regido por princípios e regras próprias.

Para ilustrar essa diferenciação, basta citar o exemplo da citação inválida. Trata-se de nulidade absoluta, cominada (art. 247 do CPC), que, pelo sistema de nulidades do direito privado, não poderia ser convalidada. O próprio CPC, no entanto, permite, no art. 214, § 1º e 2º, a convalidação desse ato, a despeito de estar inquinado por uma nulidade absoluta.

direito processual como para os demais ramos da ciência jurídica. Cf. LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 71-72.

¹⁸⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium editora, 2000. v. 2. p. 368.

¹⁸⁷ Essa advertência é comum na doutrina. Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1. p. 306; WAMBIER, 1998, p. 116; CÂMARA, 2002, p. 222; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 340; NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 617; RODRIGUES, 2003, p. 69. MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 676.

¹⁸⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 505 e 506.

Com efeito, no sistema de nulidades processuais, tanto o ato anulável como o nulo podem ser sanados; no direito privado, contudo, o mesmo não ocorre, já que somente o ato anulável pode ser sanado, mediante confirmação, o que não ocorre com os atos nulos¹⁸⁹.

Outra distinção entre o regime das nulidades de direito privado e de direito processual reside na necessidade de pronunciamento judicial, o qual é imprescindível no segundo sistema¹⁹⁰. Assim, não há nulidade processual sem pronunciamento do magistrado, ou seja, não há nulidade processual *pleno iure*¹⁹¹.

Ressalte-se, outrossim, que essa diferenciação de sistemas não permite o emprego da analogia às regras de direito privado para suprir eventuais lacunas do sistema de nulidades de direito processual. Não se pode, assim, tentar buscar soluções, em matéria de nulidades dos atos processuais, nas regras de direito privado. É que as relações jurídicas em que se estribam os sistemas são diversas: a relação de direito privado é travada entre credor e devedor, sendo, portanto, linear; já a de direito processual, é estabelecida, entre autor, réu e juiz, sendo triangular¹⁹².

¹⁸⁹ O art. 168 do CC, que trata dos atos nulos, dispõe o seguinte: "O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo". Já o art. 172 do citado *codex*, que trata dos atos anuláveis, consigna que "O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro".

¹⁹⁰ Há, para essa regra, uma exceção que está prevista no art. 39 da LJE (lei 9099/95). Segundo esse dispositivo, "é ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder a alçada estabelecida em lei". Como lembra a doutrina (MARCATO, 2004, p. 680), nesse caso, a sentença não produzirá efeito, no que concerne à parte excedente à alçada dos Juizados Especiais, independentemente de declaração de nulidade.

¹⁹¹ Sobre o exposto, cf. CÂMARA, 2002, p. 222.

¹⁹² Registre-se que há, em sede doutrinária, divergência quanto aos elementos que integram a relação processual. Segundo Kohler, por exemplo, a relação processual se estabelece apenas entre as partes e seria linear. Por outro lado, para Carnelutti, Hellwig Plank e Jorge Alberto dos Reis, a relação processual seria bilateral e angular, ou seja, o vínculo seria travado entre autor e juiz e entre este e o réu. Uma terceira corrente, contudo - que se pode dizer dominante -, defendida por Bülow, Chiovenda, Calamandrei, Liebman, Zanzucchi e outros considera que a relação processual é trilateral. Uma análise dessas teorias foi realizada na obra de SANTOS, 1998, p. 313 et seq.

4.1.5.2 Pluralidade de classificações ou sistematizações

Na doutrina são encontradas várias classificações das nulidades (*rectius*: invalidades) dos atos processuais. Como lembra Teixeira¹⁹³, "há muita divergência doutrinária quanto à classificação dos atos viciados". Não se pretende, aqui, contudo, fazer uma análise meticolosa de todas elas, até mesmo porque isso resvalaria ao objeto desta dissertação.

De qualquer sorte, duas classificações são predominantes na doutrina. A primeira é aquela que classifica as nulidades processuais em cinco grupos: a) inexistência; b) nulidade absoluta; c) nulidade relativa; d) anulabilidade e e) irregularidade. Essa classificação foi denominada clássica. A segunda, mais simples, agrupa as nulidades processuais em quatro categorias: a) inexistência; b) nulidade absoluta; c) nulidade relativa e d) irregularidade. Tal classificação foi, aqui, cognominada de simplificada, por apresentar uma sistematização das nulidades menos complexa do que a anterior.

4.1.5.3 Tipologia clássica das nulidades

A tipologia clássica das nulidades, como visto, agrupa os vícios do ato processual em cinco categorias. Essa tipologia foi sistematizada por Galeno Lacerda¹⁹⁴, ainda sob a égide do CPC/39, e serviu como inspiração para muitos doutrinadores. Sobre o exposto, pode-se citar o seguinte:

Tentativa de sistematização das nulidades do processo que merece citação foi a de Galeno Lacerda, feita sob a égide do Código revogado. Fugindo da terminologia habitual, diz Galeno Lacerda que, no processo, há nulidades absolutas, de que cuidam normas que visam a alcançar fins ditados pelo interesse público; nulidades relativas, tratadas por normas cogentes; anulabilidades, tratadas por normas dispositivas (estas duas últimas, instituídas com vistas a proteger interesse da parte). Há, também, no processo, as inexistências e as meras irregularidades, figuras estas situadas em ambos os extremos da gradação¹⁹⁵.

¹⁹³ TEIXEIRA, 1996, p. 171. A mesma advertência é feita por FRIEDE, Reis. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 154 a 281. São Paulo: Forense Universitária, 1997. v. 3. p. 1198.

¹⁹⁴ Essa sistematização foi apresentada na seguinte obra: LACERDA, 1990, p. 68-75.

¹⁹⁵ WAMBIER, 1998, p. 134.

E parte da doutrina, como lembra Komatsu¹⁹⁶, acolheu a sistematização de Lacerda, vislumbrando nela a nota diferencial das nulidades de direito privado. Essa orientação pode ser encontrada, por exemplo, nas obras de Edson Prata¹⁹⁷, Moniz de Aragão¹⁹⁸, Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁹⁹, Vicente Greco Filho²⁰⁰, Alexandre Freitas Câmara²⁰¹ e Sérgio de Mattos²⁰². As nulidades, nessa sistematização, são agrupadas da seguinte forma: a) inexistência; b) nulidade absoluta; c) nulidade relativa; d) anulabilidade e e) irregularidade.

4.1.5.3.1 *Inexistência*

A inexistência constitui o vício de maior gravidade do ato processual. De fato, está situado no ápice da pirâmide de gradação dos defeitos dos atos processuais. A inexistência pode ser fática ou jurídica. Nesse sentido pode-se colacionar o seguinte escólio:

A inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não-ato; outro, jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito²⁰³.

De qualquer sorte, a inexistência fática não apresenta grande relevância para o direito processual. É que, não realizado um determinado ato processual, ele não existe nos autos. Assim, se a sentença ainda não foi prolatada, ela não existe na esfera jurídica. Nesses casos, inclusive, nem mesmo deveria cogitar-se de defeito do ato processual, já que, faticamente, ele inexistente. Citem-se, como exemplos de atos

¹⁹⁶ KOMATSU, 1991, p. 209.

¹⁹⁷ PRATA, 1989, p. 573.

¹⁹⁸ ARAGÃO, 1995, p. 257.

¹⁹⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 65. Deve-se ressaltar, no entanto, que, em obra posterior (1996, p. 171 e 172), o precitado autor parece afastar da sistematização das nulidades processuais a categoria da anulabilidade, filiando-se, assim, à teoria simplificada das nulidades processuais.

²⁰⁰ GRECO FILHO, 2003b, p. 42-44.

²⁰¹ CÂMARA, 2002, p. 222 e 223.

²⁰² MATTOS, 1997, p. 269.

²⁰³ ARAGÃO, 1995, p. 258.

inexistentes, no plano fático, os que são perpetrados em um processo simulado, tão comum na esfera acadêmica.

Por outro lado, a inexistência na esfera jurídica apresenta maior relevância. Nesses casos, o ato existe de fato, mas não de direito. Às vezes, o ato processual desviar-se de forma tão intensa ao conteúdo das regras mínimas para a sua formação, que esse ato nem pode ser considerado como existente na esfera processual. A sentença prolatada por um escrivão, por exemplo, é considerada como um ato inexistente; outro exemplo seria o da citação de uma pessoa diversa do citando; o réu já falecido que fora citado por edital etc. A inexistência constitui-se em vício que, segundo a doutrina²⁰⁴, jamais pode convalidar-se²⁰⁵.

4.1.5.3.2 *Nulidade absoluta*

Outro vício do ato processual é a nulidade absoluta. Trata-se de vício situado logo abaixo da inexistência em termos de gravidade. Nessa espécie de nulidade, o interesse tutelado é exclusivamente de ordem pública. Por isso mesmo, essas nulidades devem ser pronunciadas *ex officio* pelo magistrado. São exemplos de nulidade absoluta: a não intervenção do MP nas causas em que deva funcionar como *custos legis*, a incompetência *ratione materiae* etc.

Sempre que a norma tutela um interesse público, sobre o qual as partes não têm o poder de disposição, a infringência acarretará a nulidade absoluta. É o que sucede, por exemplo, com as regras sobre competência funcional, ditadas no exclusivo interesse do Estado, cujo desrespeito redundará em nulidade absoluta²⁰⁶.

²⁰⁴ PRATA, 1989, p. 573.

²⁰⁵ É bem verdade que essa afirmativa não é absoluta. Como se verá adiante, até mesmo a inexistência pode ser convalidada. Basta imaginar a situação em que o réu não foi citado no processo. Trata-se de ato inexistente. Contudo, comparecendo o réu espontaneamente e apresentando a sua defesa, o vício considera-se sanado. O próprio CPC, no art. 214, § 1º, reza que: "O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação".

²⁰⁶ ARAGÃO, 1995, p. 261.

Destaque-se que a inexistência não se confunde com a nulidade absoluta pelo fato de que a primeira jamais se convalida, nem mesmo após o decurso do prazo²⁰⁷ para propositura da ação rescisória²⁰⁸, enquanto a segunda pode convalidar-se após o advento do termo para propositura da precitada ação. Na verdade, uma vez escoado o prazo legal para propositura da ação rescisória, quedam sanadas as nulidades, ainda que de natureza absoluta.

4.1.5.3.3 *Nulidade relativa*

Outra categoria de vício proposta na sistematização de Lacerda é a da nulidade relativa. Nesse caso, o interesse tutelado é de ordem particular, mas a norma violada é cogente, ou seja, indisponível para a parte. Pode ser, também, pronunciada *ex officio* pelo juiz. A penhora de bem arrolado pela lei como impenhorável (art. 649 do CPC) pode ser considerada como exemplo de nulidade relativa. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

A nulidade relativa decorre de violação de norma cogente de interesse da parte. Deve ser decretada de ofício pelo juiz, mas a parte pode expressamente abrir mão da norma instituída em sua proteção, impedindo a decretação e aceitando a situação e o prosseguimento do processo²⁰⁹.

4.1.5.3.4 *Anulabilidade*

A anulabilidade é outra categoria de vício do ato processual prevista na sistematização de Galeno Lacerda. Na verdade, nesses casos, o interesse tutelado é exclusivamente de ordem particular, havendo violação de normas de natureza exclusivamente dispositiva. Exatamente por isso, não pode o magistrado agir de ofício.

²⁰⁷ O prazo para propositura da ação rescisória é decadencial e de 2 anos, de acordo com o disposto no art. 495 do CPC.

²⁰⁸ Nos casos de inexistência (por exemplo: ausência de citação) tem-se admitido a propositura da chamada ação de *querela nullitatis insanabilis*, mesmo após o decurso do prazo para propositura da ação rescisória. Assim, ainda que haja formação da "coisa soberanamente julgada", é possível ao prejudicado valer-se da ação declaratória para obter a declaração da inexistência da relação processual. Sobre a *querela nullitatis insanabilis*, cf. MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis**: sua subsistência no direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000. 81 p.

²⁰⁹ GRECO FILHO, 2003b, p. 43.

A violação de uma norma cogente, implica nulidade relativa do ato. Se a norma é dispositiva, estaremos diante da anulabilidade. No primeiro caso, o juiz tem a faculdade de proceder de ofício; no segundo, a atuação do magistrado depende de provocação da parte interessada²¹⁰.

A não alegação da anulabilidade no momento oportuno do rito processual, implicará preclusão. Por outras palavras: se não alegada tempestivamente, a matéria restará preclusa, de modo que o vício quedará sanado.

Cite-se como exemplo de anulabilidade a incompetência relativa (em razão do território ou em razão do valor da causa). Nesses casos, o vício não poderá ser reconhecido pelo juiz *ex officio*, por se tratar de anulabilidade. Caberá, assim, ao prejudicado alegar o precitado vício, através do meio adequado, ou seja, mediante exceção de incompetência. E, como visto, caso não seja alegado no momento oportuno, haverá preclusão²¹¹.

4.1.5.3.5 Irregularidade

O último vício do ato processual é a irregularidade, que constitui o vício de menor importância para o processo. Como anota Aragão²¹², trata-se de "infrações que não comprometem o ordenamento jurídico nem o interesse da parte; tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção dos efeitos a que é destinado".

Haverá irregularidade, por exemplo, quando o ato processual contiver espaços em branco, entrelinhas, emendas ou rasuras, em ostensiva violação à regra do art. 171 do CPC. Da mesma forma, constitui exemplo de irregularidade o fato de o escrivão olvidar-se de rubricar folhas dos autos, em desacordo com o disposto no art. 167 do citado *codex*.

²¹⁰ BEDAQUE, 1990, p. 32.

²¹¹ O art. 114 do CPC reza o seguinte: "Prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais". Resta claro, pois, que, se o réu não argüir a incompetência relativa (anulabilidade), haverá prorrogação da competência do juízo inicialmente incompetente. Por outras palavras: o vício, uma vez não impugnado, convalidar-se-á.

²¹² ARAGÃO, 1995, p. 265.

4.1.5.4 Tipologia simplificada das nulidades

A tipologia simplificada das nulidades constitui-se em outra sistematização das nulidades dos atos processuais. Na verdade, a expressão "simplificada" decorre do fato de que existem menos tipos de nulidades se comparada à classificação exposta anteriormente. Diz-se, pois, simplificada por ser ela menos complexa que a sistematização defendida por Galeno Lacerda.

As nulidades processuais, aqui, são agrupadas em apenas quatro categorias. São elas: a) inexistência; b) nulidade absoluta; c) nulidade relativa e d) irregularidade. A categoria das anulabilidades não é destacada como uma classe autônoma nessa sistematização, como o foi na anterior.

Essa classificação das nulidades tem contado com a adesão de grande parte da doutrina, sendo adotada, por exemplo, por Cândido Rangel Dinamarco²¹³, Frederico Marques²¹⁴, Theodoro Júnior²¹⁵, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes²¹⁶, Eduardo Arruda Alvim²¹⁷, Toufic Deebeis²¹⁸, Calmon de Passos²¹⁹, Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Dinamarco²²⁰, Djanira Radamés de Sá²²¹, Pedro da Silva Dinamarco²²²; na doutrina alienígena, podem-se citar Eduardo Couture²²³, Barrios de Angelis²²⁴, Aldo Attardi²²⁵ dentre outros.

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002b. v. 2. p. 583-599.

²¹⁴ MARQUES, 2000, p. 373-382.

²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 256.

²¹⁶ SILVA; GOMES, 1997, p. 221.

²¹⁷ ALVIM, 1999, p. 308.

²¹⁸ DEEBEIS, Toufic Daher. **Processo civil de conhecimento e procedimentos**. São Paulo: LEUD, 1998. p. 198.

²¹⁹ PASSOS, 2002, p. 141.

²²⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 339.

²²¹ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e a sua resolução**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 214.

²²² MARCATO, 2004, p. 681.

4.1.5.4.1 *Inexistência*

A primeira categoria de vícios dessa sistematização é, do mesmo modo que na sistematização anterior, a inexistência. Diz-se que o ato é inexistente quando ele não foi realizado (inexistência fática) ou mesmo quando o ato praticado não reúne um mínimo dos requisitos jurídicos necessários à sua caracterização (inexistência jurídica).

Pode-se dizer, assim, que o ato inexistente é aquele que "não reúne os mínimos requisitos de fato para sua existência como ato jurídico, do qual não apresenta nem mesmo a aparência exterior"²²⁶. O tratamento desse vício não apresenta grande complexidade na esfera processual, já que ele, como reiteradamente tem destacado a doutrina, não se convalida²²⁷.

A lei processual não costuma fazer menção aos atos que são considerados como inexistentes. Aliás, nem mesmo seria isso necessário, já que o resvalo à forma é tão grande nesses casos que dificilmente se duvidaria de que o ato é inexistente perante o ordenamento jurídico.

São exemplos de ato processual inexistente: (a) decisão judicial (final ou interlocutória) sem assinatura do juiz que a proferiu; (b) decisão prolatada por juiz promovido ou aposentado; (c) sentença que não contenha a parte dispositiva (art. 458, II), sobre a qual normalmente incidiria a coisa julgada (art. 468 c/c art. 469, I e II); (d) sentença ainda não publicada; (e) petição não assinada por advogado em pleno exercício de seus direitos profissionais (art. 36; e EA, art. 4º) ou assinada por advogado que não recebeu procuração (art. 37), o que substancialmente é a mesma coisa; (f) demanda proposta por (ou em face de) pessoa inexistente; (g) decisões proferidas em processo que correu à revelia do réu em decorrência de algum vício em

²²³ COUTURE, 2002, p. 307-309.

²²⁴ BARRIOS DE ÁNGELIS, 2002, p. 146.

²²⁵ ATTARDI, Aldo. **Diritto processuale civile**. Milani: CEDAM, 1995. v. 1. p. 403.

²²⁶ THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 256.

²²⁷ Já advertimos o leitor que essa impossibilidade de ser sanado o ato inexistente, tão reiteradamente destacada pela doutrina, é relativa: basta lembrar que até mesmo a ausência de citação (inexistência fática) pode ser sanada pelo comparecimento espontâneo do requerido, por força do art. 214, § 1º do CPC. Essa matéria será tratada mais adiante quando da análise das tipologias das nulidades ante o princípio da instrumentalidade substancial das formas e a necessidade de efetivação da tutela jurisdicional.

sua citação (art. 741, I); (h) sentença que condene a uma prestação materialmente impossível (por exemplo, construir uma casa na Lua) etc²²⁸.

4.1.5.4.2 *Nulidade absoluta*

A nulidade absoluta é um vício de menor gravidade do que a inexistência. De qualquer modo, trata-se de vício grave e que pode ser declarado de ofício pelo juiz. Ademais, é exatamente nesse particular que a nulidade absoluta distingue-se da nulidade relativa²²⁹.

Há, em relação às nulidades absolutas, nítido interesse público. Consigne-se que essas nulidades não sofrem preclusão e, por isso mesmo, podem ser alegadas pela parte em qualquer momento. Como dito, o juiz pode sobre elas pronunciar-se *ex officio*. Com o trânsito em julgado da sentença, contudo, essas nulidades ficam neutralizadas e a autoridade da coisa julgada incide sobre elas²³⁰.

Há vários exemplos de nulidade absoluta: (a) decisões proferidas por juiz que não tenha competência funcional ou em razão da pessoa (art. 113, § 2º); (b) decisão desprovida de motivação (CF, art. 93, IX e CPC, art. 165); (c) contrato entre partes que inverta o ônus da prova em desacordo com o art. 333, parágrafo único; (d) intimação publicada no Diário Oficial em que não constem 'os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação' (art. 236, § 1º); (e) audiência preliminar (art. 331) onde não seja saneado o feito, fixados os pontos controvertidos ou apreciada a pertinência das provas requeridas; (f) penhora de bem absolutamente impenhorável (art. 649 - por exemplo, bem de família), que pode ser alegada e reconhecida a qualquer momento, enquanto não se consumir a arrematação do bem etc²³¹.

²²⁸ MARCATO, 2004, p. 677 e 678.

²²⁹ Essa distinção não está na lei, decorrendo de construção doutrinária, como lembra Dinamarco (2002b, p. 595).

²³⁰ É bem verdade que, nesses casos, será possível ao prejudicado valer-se da ação rescisória (art. 485 do CPC), para desconstituir a sentença prolatada. De qualquer sorte, com o trânsito em julgado da sentença, há uma espécie de "sanatória geral", ficando as nulidades, ainda que de natureza absoluta, sanadas naquele processo. Sobre a "sanatória geral", cf. LIEBMAN, 1985, p. 266.

²³¹ MARCATO, 2004, p. 681 e 682.

4.1.5.4.3 *Nulidade relativa*

A nulidade relativa é vício de menor gravidade do que a absoluta. Essa categoria de nulidade deve ser alegada pela parte, sob pena de preclusão. Assim, o seu conhecimento não pode ser feito *ex officio*. Não sendo, pois, alegada *opportuno tempore*, quedará sanada. Aqui, há nítido interesse privado. Lembra Theodoro Júnior²³² que as nulidades relativas constituem a regra geral, enquanto as absolutas, as exceções.

São exemplos de nulidade relativa: (a) os atos praticados por juiz relativamente incompetente; (b) penhora de bem desrespeitando a ordem de preferência contida no art. 655; (c) extinção indevida do processo sem julgamento de mérito (art. 267); (d) expedição de carta precatória ou de ordem por telegrama, radiograma ou telefone sem que haja real urgência (art. 205) etc²³³.

4.1.5.4.4 *Irregularidade*

As irregularidades são defeitos de pouca monta e que não chegam a prejudicar o bom andamento do feito. Constitui exemplo de irregularidade o fato de o advogado ou o juiz apresentarem, nos autos de um processo, peças escritas com tinta colorida, o que é vedado pelo art. 169 do CPC.

4.1.5.5 Análise das tipologias das nulidades

As classificações apresentadas, tanto a clássica como a tradicional, definem de modo meticoloso os vícios dos atos processuais que podem surgir durante o trâmite processual. É bem verdade que a primeira sistematização é mais meticulosa do que a segunda, apresentando uma categoria a mais de invalidade - a anulabilidade.

A tipologia clássica, defendida, sobretudo, por Galeno Lacerda, entretanto, valeu-se da distinção entre normas cogentes e dispositivas, para caracterizar, respectivamente, a nulidade relativa e a anulabilidade. Essa diferenciação não passou despercebida pela doutrina, que teceu a seguinte crítica:

²³² THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 257.

²³³ MARCATO, 2004, p. 682.

A distinção não é compatível com a natureza do processo, que, como procedimento que se realiza em contraditório para o advento do ato imperativo do Estado - a sentença -, é disciplinado por normas de ordem pública. [...] Não há como se admitir que uma estrutura legal que formule um modelo abstrato de processo, prevendo os atos do juiz e das partes, para a formação de um ato final, a sentença, possa ser concebida em função do interesse da parte, que apenas em cada caso concreto poderia ser identificado²³⁴.

De qualquer sorte, a tipologia clássica e a simplificada parecem não apresentar um conteúdo pragmático no que concerne à possibilidade de convalidação dos vícios. Com efeito, tanto na tipologia clássica, como na simplificada, considera-se que os atos inexistentes (no plano fático ou no jurídico) ou imiscuídos de nulidade absoluta não podem convaler.

A própria legislação processual civil permite, porém, em certos casos, a convalidação até mesmo de atos inexistentes. Basta citar, como exemplo, a ausência de citação. Nesse caso, a seguir a orientação apregoada pelos defensores da sistematização clássica ou simplificada das nulidades, por se tratar de ato inexistente (ou nulo, para alguns²³⁵), não haveria possibilidade de convalidação do vício.

O art. 214, § 1º do CPC, contudo, reza o seguinte: "O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação". Assim, mesmo que não tenha ocorrido a citação, ter-se-á a possibilidade de convalidação do ato se o requerido compareceu espontaneamente e apresentou a sua resposta. Se o fim do ato foi atingido, ainda que ele tenha sido realizado de modo diverso do previsto na lei, deve ser admitido como válido.

Ora, a vingar integralmente a classificação da doutrina, não haveria a possibilidade de convalidação de um ato inexistente ou nulo. No caso precitado - de ausência de citação - é possível que um ato inexistente ou nulo seja convalidado, desde que ele tenha atingido o seu desiderato.

²³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p. 92 e 93.

²³⁵ Essa orientação, por exemplo, é adotada por THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 257

Advirta-se que não se pretende, com essa argumentação, renegar o valor das classificações das nulidades. Pretende-se, sim, esclarecer que a sua relevância relaciona-se, sobretudo, com a individualização dos atos viciados. No que concerne à sanabilidade dos atos inválidos, contudo, as sistematizações espostas estão a merecer melhor estruturação epistemológica.

Como lembra Bedaque²³⁶, pelo exposto "conclui-se que a distinção entre nulidade absoluta e relativa, em direito processual, é totalmente irrelevante para a questão da sanabilidade do ato viciado". Assim, as classificações aduzidas, quanto ao aspecto da sanabilidade dos atos viciados, devem ser repensadas por parte da doutrina.

4.1.6 As nulidades de forma e de fundo (substância)

Uma outra categorização das nulidades é a que as classificam em nulidades de forma e de fundo²³⁷. Trata-se de sistematização que tem sido defendida pela prof. Teresa Arruda Alvim Wambier²³⁸ e que pode ser considerada, de certa forma, recente na dogmática processual, mas que já tem contado com a adesão de outros autores²³⁹.

4.1.6.1 Conteúdo da classificação

As nulidades, segundo essa classificação, podem ser de duas espécies: de forma e de fundo. As nulidades de fundo estão relacionadas à falta de pressupostos processuais positivos ou à presença dos negativos; a ausência de condições da ação, outrossim, conduz à nulidade de fundo. As nulidades de forma constituem as demais nulidades do processo.

²³⁶ BEDAQUE, 1990, p. 36.

²³⁷ Registre-se que o tratamento em apartado dessa classificação, nesta dissertação, tem sua razão de ser. Na verdade, essa sistematização é de suma relevância para esta pesquisa, como se verá, sobretudo no que concerne à extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo.

²³⁸ WAMBIER, 1998, p. 159.

²³⁹ Cf. RODRIGUES, 2003, p. 70; COUTURE, 2002, p. 315.

As nulidades de forma podem ser, ainda, absolutas ou relativas. Se previstas em lei, serão absolutas, não sofrendo preclusão; nesse caso, é dever do juiz conhecê-las *ex officio*. De outro lado, se não previstas em lei, serão elas relativas, havendo a possibilidade de preclusão. Aqui, não deve o magistrado conhecê-las de ofício.

Já as nulidades de fundo são consideradas absolutas, de modo que, em relação a elas, não se opera a preclusão e são suscetíveis de serem decretadas independentemente de manifestação das partes. Por outras palavras: em relação às nulidades de fundo, o magistrado pode sempre se manifestar *ex officio*.

4.6.1.2 Relevância da classificação

A distinção estabelecida entre nulidade de forma e de fundo é de fundamental importância para esta pesquisa. Na verdade, o que se pretende sustentar, aqui, é a extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 154 e 244 do CPC, às nulidades de fundo. Por outras palavras: mesmo nos casos em que existam nulidades de fundo, se o processo atingiu o seu desfecho, não se deve declarar a nulidade.

Tradicionalmente, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas queda restrita às nulidades de forma, sobretudo em relação às não cominadas. A não extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo, contudo, não se justifica diante do escopo jurídico da Jurisdição e, também, diante da necessidade de efetivação da tutela jurisdicional.

4.1.7 Princípios que regem as nulidades

O direito é regido por normas, gênero do qual são espécies as regras e os princípios²⁴⁰. O conceito de princípio, desde a década de cinquenta, tem dado azo à

²⁴⁰ Para melhor estudo dessa matéria, é imprescindível a consulta da seguinte obra: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

elaboração de grandes estudos e reflexões. Tentou-se, inclusive, distinguir princípios de leis, assim como de princípios gerais de direito. A LICC, por exemplo, apresenta resquícios dessa tentativa, ao estabelecer em seu art. 4º que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

A tendência atual, contudo, que tem sido denominada de pós-positivista²⁴¹, tem concedido um outro espectro de análise aos princípios. De fato, os princípios passam a ser considerados como normas encontráveis no ordenamento jurídico que possuem forte carga axiológica. São normas, na verdade, de grande potencial hermenêutico e que possibilitam a solução de diversos problemas de ordem pragmática.

Assim, os princípios constituem-se em normas de grau de generalidade relativamente alto e estão bastante próximos da noção de justiça. Constituem verdadeiros mandados de otimização, vez que podem ser cumpridos em diferentes graus de acordo com as possibilidades reais e jurídicas diante de cada caso concreto²⁴².

As nulidades são regidas por vários princípios. Dentre eles, podem-se destacar: o princípio da legalidade e da liberdade das formas, o da economia processual, o do interesse, o da preclusão e o da causalidade. Desde já, contudo, ressalta-se que o princípio fundamental que rege as nulidades é o da instrumentalidade das formas, que se constitui em verdadeiro vetor para todo o direito processual. Por isso, esse princípio receberá tratamento apartado dos demais.

4.1.7.1 Legalidade e liberdade das formas

As formas são as prescritas em lei. Os tipos dos atos processuais são os predefinidos em lei. Assim, vigora o chamado princípio da legalidade das formas.

²⁴¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

²⁴² ALEXY, 2001, p. 83-86.

Nem sempre, contudo, a lei prescreve uma forma, ou seja, um tipo para o ato. Nesses casos, o ato pode ser praticado de forma livre, obviamente, como lembra Santos²⁴³, sempre satisfazendo "as condições mínimas indispensáveis à realização da sua finalidade". É nisso que reside o conteúdo do princípio da liberdade das formas.

O CPC, no art. 154, reza que "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir [...]". Consagra-se, nesse preceptivo, como regra geral, o princípio da liberdade das formas, ressalvando-se aqueles casos em que a lei dispuser de modo diverso. Dispondo a lei de modo diverso, vigorará o princípio da legalidade das formas.

De uma forma ou de outra, no entanto, esses princípios são atenuados por um outro princípio, que é o da instrumentalidade das formas. Se o ato atingiu o seu fim, ou seja, a sua finalidade, não se deve decretar a sua nulidade, ainda que o modelo legal não tenha sido observado.

4.1.7.2 Economia processual

A economia processual, mais do que um princípio que rege matéria atinente à nulidade, é um princípio que orienta todo o direito processual²⁴⁴. Por este postulado, recomenda-se que seja obtido o máximo proveito da atividade jurisdicional com o mínimo de atos realizados. Deve-se evitar, assim, a realização de atos processuais inúteis ou meramente formalísticos.

²⁴³ SANTOS, 2004, p. 66.

²⁴⁴ Lembra Nery Junior (1999, p. 28), citando Mancipi, Pisanelli e Scialoja, que há, no direito processual, princípios informativos e fundamentais. Os informativos são considerados verdadeiros axiomas e não necessitam ser demonstrados. Derivam da própria ontologia do direito processual, não se baseando em critérios diversos do da técnica e, sobretudo, da lógica. Os fundamentais, por outro lado, são aqueles em relação aos quais o legislador faz, ou não, a sua opção política. Dependem do sistema, que poderá adotá-los ou não. O princípio da economia processual pode ser enquadrado dentro da categoria dos princípios informativos. É universal e incontroverso. Sobre os princípios informativos do processo civil, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. **Processo de conhecimento e processo de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 43-58.

Esse princípio, na verdade, está intimamente interligado a um outro, que é o princípio da instrumentalidade das formas. Como já ressaltado, o processo é meio para obtenção de um fim, que é a realização do direito material. Não se deve, assim, ater-se a aspectos meramente procedimentais ou de natureza essencialmente formal, de modo a preponderar a forma em detrimento da substância.

Os atos processuais, nesse contexto, devem ser aproveitados ao máximo, de sorte a viabilizar a realização do direito material. É importante que se obtenha o máximo proveito do processo e dos atos processuais, sempre imbuído pela idéia de que o processo é meio e jamais fim.

O princípio da economia processual (que, de resto, informa todo o direito processual) tem diversas aplicações na teoria da nulidade. De certa forma, está presente nas manifestações, já examinadas, do princípio da instrumentalidade das formas; está presente também na determinação de que os atos posteriores ao ato nulo não se contaminam se não dependentes deste (CPC, art. 248, primeira parte entendido a *contrario sensu*) e na disposição que salva as partes independentes de um ato complexo, quando este for só parcialmente irregular (CPC, art. 248, segunda parte); presente está também no aproveitamento dos atos do processo inadequados à ação exercida (CPC, art. 250), ou dos atos não-decisórios do processo celebrado perante autoridade absolutamente incompetente (CPC, art. 113, § 2º; CPP, art. 567)²⁴⁵.

4.1.7.3 Interesse

Salvo nos casos de nulidade absoluta ou de inexistência, a parte que deu causa à nulidade não tem interesse em requerer a sua declaração. A nulidade, assim, não pode ser argüida por quem lhe tiver dado causa. O art. 243 do CPC reza o seguinte: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa". Nesse caso, como destaca Greco Filho²⁴⁶, além da falta de interesse processual, o problema é também de lealdade processual.

De qualquer modo, deve-se registrar que o princípio do interesse não é aplicado às nulidades de fundo e nem tampouco às nulidades de forma absolutas²⁴⁷. Nos casos

²⁴⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 343.

²⁴⁶ GRECO FILHO, 2003b, p. 45.

²⁴⁷ Ressalve-se, quanto às nulidades absolutas, a opinião de Pontes de Miranda. Para este autor, a restrição do art. 243 também se aplica às nulidades absolutas (apud MARCATO, 2004, p. 685).

em que ao magistrado é lícito conhecer da nulidade *ex officio*, não há incidência do princípio em análise. O princípio do interesse constitui-se em manifestação do princípio geral de direito *turpitudinem suam allegans non est audiendus*²⁴⁸, que veda a invocação da própria torpeza.

4.1.7.4 Preclusão

As nulidades relativas ou as anulabilidades²⁴⁹, as quais não podem ser conhecidas *ex officio*, devem ser alegadas *opportuno tempore*, sob pena de serem consideradas sanadas. Sofrem, com efeito, preclusão: não alegadas no momento próprio, restarão convalidadas.

Nesse sentido, dispõe o art. 245 do CPC que "A nulidade do ato deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão". Consagra-se, nesse preceito, o princípio da preclusão. Como lembra Greco Filho²⁵⁰, "a falta de alegação na primeira oportunidade carrega à parte o ônus da aceitação do eventual prejuízo". De qualquer modo, esse princípio não se aplica às nulidades de forma absolutas e às de fundo, as quais não sofrem preclusão.

4.1.7.5 Causalidade

Os atos processuais são conexos uns aos outros. Na verdade, o procedimento constitui-se em uma seqüência de atos interconexos e interdependentes. Assim, a contestação, no rito ordinário, depende de um ato prévio: a petição inicial. Não há sentido em se apresentar resposta sem a existência prévia do ato inaugural do procedimento - que é a peça vestibular.

²⁴⁸ São expressões equivalentes: *non auditor propriam allegans turpitudinem; nemo creditur turpitudinem suam allegans*. Sobre o exposto, cf. XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no direito**. 5. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 271.

²⁴⁹ Deverá ser considerada a nulidade relativa, se se adotar a tipologia simplificada, e a anulabilidade, se se adotar a tipologia clássica.

²⁵⁰ GRECO FILHO, 2003b, p. 46.

Como lembra Komatsu²⁵¹, o princípio da causalidade consiste no fato de que, uma vez declarada a nulidade de um ato processual, os demais atos também serão contaminados; a consequência disso será a necessidade de anular-se todo o processo, a partir do ato celebrado com vício (art. 248, primeira parte, do CPC). Na verdade, a propagação do vício decorre exatamente da ordem lógica e concatenada, além da interdependência, dos atos processuais.

Nesse contexto, a declaração da invalidade de um determinado ato pode vir a prejudicar o ato posterior, se do anterior depender. Considerando-se que os atos processuais são conexos e interligados, é possível que, sendo declarada a nulidade de um determinado ato, os atos posteriores restem prejudicados.

Deve-se ressaltar, no entanto, que os atos posteriores somente serão atingidos se do ato declarado nulo eles forem dependentes. Nesse sentido, inclusive, é oportuno trazer à baila o escólio de Santos: "Porque os atos processuais se connexionam uns aos outros, a declaração de nulidade de um ato não atinge senão os que lhe forem posteriores e dele dependam ou sejam consequência"²⁵².

O princípio da causalidade está previsto no CPC no art. 248, que reza o seguinte: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam [...]". Os atos posteriores que sejam independentes do que foi declarado nulo, entretanto, não deverão ser anulados. De fato, a segunda parte do citado dispositivo consigna: "todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes". Sobre o art. 248 do CPC, é oportuno, ainda, trazer à ribalta o seguinte excerto:

[...] A segunda parte desse mesmo artigo tempera o rigorismo da primeira, limitando a desvalia aos atos dependentes daquele viciado, devendo o Juiz, por isso, ao pronunciar a nulidade de determinado ato, declarar aqueles subsequentes que foram contaminados (art. 249 do CPC)²⁵³.

²⁵¹ KOMATSU, 1991, p. 253.

²⁵² SANTOS, 2004, p. 70.

²⁵³ SILVA; GOMES, 1997, p. 229.

Exatamente por isso é que o art. 249 do CPC dispõe que o juiz, ao pronunciar a nulidade de um ato, declarará também os atos que foram afetados. De fato, o dispositivo citado reza que "o juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados".

4.1.8 Princípio magno: a instrumentalidade das formas

Outro princípio que rege a matéria das nulidades processuais é o da instrumentalidade das formas²⁵⁴. Esse princípio é também denominado de princípio da finalidade ou de princípio da intertrocabilidade das formas²⁵⁵. Lembra Calmon de Passos²⁵⁶ que as possíveis origens desse princípio estão no art. 745 do Código do Cantão de Genebra e já estava insculpido em vários Códigos estaduais.

Na verdade, trata-se de princípio da maior relevância em sede de nulidades²⁵⁷, que se encontra em perfeita sintonia com a fase instrumental e, sobretudo, com as diretrizes e as perspectivas contemporâneas do direito processual.

Com efeito, o princípio da instrumentalidade das formas permite a realização do escopo jurídico da jurisdição (que é a atuação do direito no caso concreto) e também a efetiva aproximação do direito processual ao material. Na verdade, por valorizar as formas processuais na sua exata dimensão - como meio e não fim - esse cânone permite a aplicação do direito material de modo mais simples e efetivo.

²⁵⁴ Não se deve confundir o princípio da instrumentalidade das formas com o princípio da instrumentalidade substancial das formas. A diferenciação será realizada adiante. Por ora, adiante-se que o primeiro é aplicado às nulidades de forma, enquanto o segundo consiste em uma horizontalização do primeiro, de modo a aplicá-lo às nulidades de fundo.

²⁵⁵ Denomina-o de princípio da finalidade: ARAGÃO, 1995, p. 271. A denominação de princípio da intertrocabilidade das formas é de MIRANDA, 1974, p. 339.

²⁵⁶ Apud SILVA; GOMES, 1997, p. 230.

²⁵⁷ A rigor, o princípio da instrumentalidade das formas deve permear não apenas as nulidades processuais, mas todo o processo, exatamente pela sua dimensão axiológica e finalística, estando em perfeita sintonia com a própria origem do processo. Com efeito, o processo foi concebido para solucionar os litígios, apresentando as respectivas soluções no plano do direito material. Essa a sua finalidade precípua. O princípio da instrumentalidade das formas, a despeito de referir-se apenas às nulidades processuais, deve ter o seu conteúdo estendido a todo o direito processual, já que o processo é meio, ou seja, instrumento de realização do direito material.

4.1.8.1 Conteúdo

O conteúdo do princípio da instrumentalidade das formas é simplório²⁵⁸. Na verdade, de acordo com esse postulado, não se deve pronunciar a nulidade de um determinado ato se ele, ainda que realizado de forma diversa da prevista em lei, vier a atingir o seu objetivo.

A instrumentalidade das formas consiste na reafirmação de que as formas não existem por si mesmas, ou seja, de modo autônomo. Elas constituem apenas meios para se lograrem fins. A elevação da forma ao patamar de categoria autônoma e válida por si só conduz o processualista, na feliz expressão de Alvaro de Oliveira²⁵⁹, a considerar o "processo como a medida de todas as coisas".

A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (due process of law), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesma, senão como instrumentos a serviço de um fim. Cada ato processual tem um fim, ou escopo específico, e todos eles em conjunto têm o escopo de produzir uma tutela jurisdicional justa, mediante um processo seguro²⁶⁰.

Assim, deve-se analisar sempre se o escopo do ato foi atingido, de modo que pouco importa se a forma foi observada ou não. Está superada, portanto, a tese de elevação das formas a categorias que se sobrepõem à finalidade do ato²⁶¹. Como lembra Fux²⁶², "a finalidade sobrepõe-se à simples obediência das regras processuais".

²⁵⁸ A despeito de seu conteúdo simplório, o princípio da instrumentalidade das formas não vem sendo aplicado pelos operadores do direito na sua exata dimensão. Trata-se, contudo, de problema relativo à mudança de mentalidade dos operadores do direito e que resvala do campo normativo.

²⁵⁹ OLIVEIRA, 1997, p. 61.

²⁶⁰ DINAMARCO, 2002b, p. 599.

²⁶¹ Essa altivez das formas, certamente, decorreu do positivismo jurídico, que valoriza de modo demasiado o conteúdo das normas e, por conseguinte, das respectivas formas que nelas estão previstas.

²⁶² FUX, 2001, p. 360.

O princípio da instrumentalidade das formas determina que todos os atos processuais sejam considerados sob um prisma teleológico e finalístico. E não poderia mesmo ser diferente. Como destaca Pontes de Miranda²⁶³, "o processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo".

O processo (assim como os seus respectivos atos), em última análise, não tem relevância por si só. A sua importância está intimamente relacionada à sua finalidade de atingir um fim, que é a realização do direito material²⁶⁴. Logo, os atos que compõem o processo não podem deixar de ser analisados exatamente sob esse prisma finalístico.

4.1.8.2 Previsão legal

O princípio da instrumentalidade das formas está previsto no CPC, de forma expressa, em dois preceptivos: no art. 154, parte final, e no art. 244. O primeiro dispositivo reza o seguinte: "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial". Já o segundo, assim dispõe: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

O princípio da instrumentalidade das formas, assim, é previsto em dois artigos do CPC. Na verdade, os preceitos se complementam e devem ser interpretados sempre de modo extensivo. Se o ato processual atingiu o seu fim, deve ser reputado como válido, ainda que não tenha observado a forma prescrita em lei. Considerando-se

²⁶³ Apud CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 230.

²⁶⁴ Mais do que isso, pode-se dizer que o processo somente existe em função do direito material. Não há qualquer sentido em pensar o processo de modo desvinculado de seu fim, que é a realização do direito material. Isso não significa, contudo, admitir que o processo não seja autônomo. Na verdade, o processo inaugura uma relação jurídica autônoma da de direito material. Não se pode negar, entretanto, que a própria ontologia do processo liga-o ao direito material: o Estado criou o processo como um instrumento de solução dos conflitos de interesses. De qualquer sorte, a discussão, hoje, quanto à autonomia do processo é meramente acadêmica. Como lembra Portanova (1999, p. 49), "a preocupação quanto à autonomia na ciência do direito é menor do que sua vocação de instrumento de justiça. É a instrumentalidade do processo que se faz princípio".

que a forma representa apenas um meio para se lograr um fim, não deve ela preponderar se, por modo diverso, o fim for logrado.

A interpretação desse princípio deve, de fato, ser a mais ampla possível. Nesse contexto, deve-se destacar que não apenas em sede de nulidades deve-se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas. Mais do que isso, o processo, por natureza, é instrumental. Assim, também em relação ao processo como um todo (conjunto de atos do processo) deve-se aplicar o princípio da instrumentalidade, desde que não se verifique prejuízo. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

Como o processo não se compõe em um único ato, mas de um "conjunto de atos", a instrumentalidade alcança cada ato e o conjunto, preservando o seu resultado (o produto) que é a sentença, sempre que da eventual inobservância da forma não se puder demonstrar prejuízo²⁶⁵.

4.1.8.3 Elevada carga axiológica e principiológica (princípio dos princípios)

O princípio da instrumentalidade das formas deve ser considerado como uma espécie de princípio dos princípios. Na verdade, essa norma possui alta carga axiológica²⁶⁶ dentro do ordenamento jurídico, informando todo o direito processual. Essa altivez do princípio, em verdade, decorre do seu próprio conteúdo, que redireciona a finalidade do processo como meio, permitindo que sejam alcançados os resultados esperados do instrumento judicial.

Já se destacou, inclusive, em doutrina²⁶⁷, que os dispositivos mais importantes e fundamentais de uma boa codificação processual relacionam-se à relativização das nulidades. São esses preceptivos, na verdade, que asseguram ao processo cumprir a sua missão, sem se transformar em um fim em si mesmo.

²⁶⁵ ALVIM, 1999, p. 4.

²⁶⁶ É bem verdade que os valores estão concretizados no plano da realidade sensível, isto é, no plano fático, e não no jurídico. Nada impede, contudo, que o ordenamento jurídico absorva os valores e propicie meios para concretizá-los.

²⁶⁷ LACERDA apud MATTOS, 1997, p. 278. Essa mesma observação pode ser encontrada na obra de OLIVEIRA, 1997, p. 206.

Nesse contexto é que desponta o princípio da instrumentalidade das formas. Na verdade, o postulado constitui-se em verdadeira norma relativizadora, ou seja, mitigadora dos vícios dos atos processuais, os quais impedem que o processo colime o seu fim de aplicação do direito material.

Assim, o princípio da instrumentalidade das formas representa, em última análise, uma espécie de recondutor ou de redirecionador do processo ao seu verdadeiro fim - que é aplicação do direito material. Trata-se de meio de efetivação da tutela jurisdicional, consubstanciado em norma de suma relevância para o direito processual, motivo pelo qual é aqui tratado como princípio dos princípios²⁶⁸.

4.1.8.4 Consideração proclamada no IX Congresso Mundial de Direito Processual

Não foi por outro motivo, ou seja, considerando a relevância do princípio da instrumentalidade das formas, previsto em nosso Código de Processo Civil, que, no IX Congresso Mundial de Direito Processual, averbou-se conclusão no seguinte sentido:

Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo de nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber: a inculpada no art. 244, onde se proclama que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'²⁶⁹.

A regra do art. 244 do CPC pode ser considerada a mais bela de todo o direito processual por estar em perfeita consonância com a finalidade do processo. Na verdade, por não valorizar as formas processuais por si próprias, a regra é digna de encômios. De fato, essa regra reitera a verdadeira dimensão das formas processuais: meios para se lograrem fins.

²⁶⁸ Galeno Lacerda (apud MATTOS, 1997, p. 278) chega a afirmar que as normas sobre relativização das nulidades processuais constituem o "sobredireito processual". São essas normas, na verdade, que garantem ao processo cumprir a sua missão, sem se transformar em um fim em si mesmo. Tal assertiva, em última análise, destaca a altivez dessas normas no direito processual.

²⁶⁹ Apud NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 314. Essa mesma conclusão é citada na obra de PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**: arts. 1º a 269. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. p. 1200 e 1201.

É incontestável que o princípio da instrumentalidade das formas contribui para a efetividade da tutela jurisdicional. Sendo assim, como destaca Alvim²⁷⁰, esse postulado é compatível com as mais modernas tendências do direito processual.

4.1.8.5 Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas

As nulidades podem ser de duas espécies: não cominadas e cominadas. As primeiras são aquelas que não são previstas expressamente na lei. Assim, estão relacionadas mais à existência de prejuízo do que a uma previsão legal. As segundas, ao revés, são expressamente previstas no texto legal. Na verdade, as nulidades cominadas correspondem às nulidades absolutas, enquanto as não cominadas, às nulidades relativas e às anulabilidades²⁷¹.

O princípio da instrumentalidade das formas tem tido a sua aplicação circunscrita a determinadas categorias de nulidades. De fato, invocando-se o texto do art. 244 do CPC, pretende-se aplicar o precitado postulado somente às nulidades não cominadas. É que o texto daquele preceptivo reza o seguinte: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

A doutrina, em boa parte, tem perfilhado esse entendimento, realizando uma exegese meramente literal do art. 244 do CPC, de modo a limitar a aplicação do princípio do prejuízo às nulidades não cominadas, ou seja, às nulidades relativas e às anulabilidades. Trata-se de interpretação demasiado restritiva da norma, mas que tem contado com a adesão de muitos autores.

Coadunam, por exemplo, com essa orientação: Moacyr Amaral Santos²⁷², Pontes de Miranda²⁷³, Reis Friede²⁷⁴, Sérgio Sahione Fadel²⁷⁵, Vicente Greco Filho²⁷⁶ e outros.

²⁷⁰ ALVIM, 2003, p. 506.

²⁷¹ Essa correlação é encontrada na obra de GONÇALVES, 1993, p. 99.

²⁷² SANTOS, 2004, p. 67.

O argumento central justificador da restrição relaciona-se à própria literalidade da norma e à invocação da tese de que, quando a nulidade é cominada, há interesse público ostensivo e o ato não pode ser convalidado. Nesse sentido, inclusive, pode-se trazer à colação o que segue:

[...] Essas excludentes, da obtenção da finalidade e da ausência de prejuízo, não se aplicam, todavia, no caso de nulidade absoluta, conforme, aliás, se extrai do próprio texto do Código: o art. 244 admite o reconhecimento da validade do ato quando alcança seus fins, quando a lei prescreve determinada forma sem cominação de nulidade, isto é, quando não considera os requisitos essenciais. Além disso, no caso de nulidade absoluta, o prejuízo causado pelo desvio da forma é do interesse público, presumido em caráter absoluto e, portanto, inafastável²⁷⁷.

4.1.8.6 A limitação injustificável da sua aplicação às nulidades não cominadas (nulidades relativas e anulabilidades)

A restrição da aplicação da regra do art. 244 do CPC às nulidades não cominadas, ou seja, às nulidades relativas e às anulabilidades, que tem sido realizada por determinado segmento da doutrina, não se justifica. Na verdade, essa limitação não se coaduna com a própria lógica que deve informar todo o raciocínio do processo.

Não se deve, de fato, afastar a incidência do princípio da instrumentalidade das formas nos casos em que há cominação de nulidade, simplesmente pelo texto do art. 244 do CPC. Com efeito, se o ato atingiu o seu fim, ainda que realizado de outra forma e mesmo havendo cominação expressa de nulidade, não se deve invalidá-lo. Isso vai de encontro à lógica que deve permear todo o processo.

De fato, não se pode admitir que, havendo o ato logrado o seu fim, seja ele declarado nulo em função de uma interpretação restritiva de um preceito. Na verdade, pouco importa o tipo de nulidade que inquina o ato: se ele atingiu o seu fim,

²⁷³ MIRANDA, 1974, p. 339.

²⁷⁴ FRIEDE, 1997, p. 1209,

²⁷⁵ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974. t. 2. p. 58.

²⁷⁶ GRECO FILHO, 2003b, p. 44.

²⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

deve ser considerado como válido. É isso, inclusive, que representa a essência do princípio da instrumentalidade das formas.

Pensar de modo diverso, ou seja, não se admitir a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades cominadas (absolutas) implicaria verdadeiro apego ao formalismo processual. As formas não existem por si só. Se o ato atingiu o seu fim, deve ser admitido como válido, ainda que a nulidade seja absoluta.

O raciocínio contrário afasta o processo da sua essência e cria entraves à efetivação da tutela jurisdicional. Em última análise, afasta o direito processual do material, o que não se coaduna com as perspectivas e diretrizes contemporâneas do primeiro. Como lembra Maria Lúcia de Medeiros:

[...] O rigor das formas deve ceder em face da instrumentalidade, de maneira que prevaleça a interpretação que mais favoreça o conhecimento pelo juiz, de elementos fáticos da lide e, dessa maneira, permitam-no julgar com base no que mais se aproxime da verdade real²⁷⁸.

Assim, deve-se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas também às nulidades cominadas, ou seja, absolutas. A norma do art. 244 do CPC, nesse contexto, deve ser interpretada de modo extensivo e conjuntamente com a do art. 154 do citado código. É que este último preceito não faz qualquer menção à "nulidade cominada". Por isso, não se deve limitar o alcance do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades relativas e às anulabilidades.

Ademais, considerando a alta carga axiológica do princípio da instrumentalidade das formas, não se deve mesmo restringir a sua aplicação; ao revés, a sua interpretação e a sua aplicação devem ser maximizadas, até mesmo por se tratar de postulado que informa todo o direito processual. A sua utilidade no direito processual é ostensiva, não sendo por outro motivo que a norma do art. 244 do CPC foi considerada, como visto, em Congresso Mundial de Direito Processual, a mais bela de todo o direito processual.

²⁷⁸ MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

Na doutrina há algumas manifestações no sentido de estender a instrumentalidade das formas às nulidades absolutas, considerando exatamente a natureza instrumental das formas. Registre-se que esse entendimento está plenamente alinhado às modernas diretrizes do direito processual. Nesse sentido, pode-se trazer à ribalta os seguintes escólios:

O art. 244 do CPC diz que apenas as nulidades não cominadas podem ser desconsideradas, caso o ato atinja o seu objetivo. Isto é, o dispositivo não se aplicaria às nulidades absolutas, ou, pelo menos, aos casos de nulidade absoluta cominada. Tal conclusão não parece correta, visto ser perfeitamente possível que o interesse tutelado pela norma violada, inobstante público, seja atendido²⁷⁹.

A instrumentalidade das formas é uma regra de grande amplitude e não se limita às nulidades relativas, como insinua o art. 244 do Código de Processo Civil. Diz ele, literalmente, que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'. O grande mérito desse dispositivo é a fixação da finalidade, ou escopo, como parâmetro a partir do qual devem aferir as nulidades. A doutrina e os tribunais, todavia, com todo o acerto desconsideram a aparente ressalva contida nas palavras *sem cominação de nulidade*, entendendo que, mesmo quando absoluta a nulidade e ainda quando esteja cominada pela lei, a radicalização das exigências formais seria tão irracional e contraproducente quanto em caso de nulidade relativa²⁸⁰.

Mas, em qualquer caso, mesmo quando haja expressa cominação de nulidade para a inobservância de forma, o juiz não decretará a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta: a) se não houve prejuízo para a parte (art. 249, § 1º); b) quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade²⁸¹.

Parte da doutrina considera inaplicáveis estes princípios às hipóteses de nulidade absoluta. Assim não nos parece, contudo. A tal conclusão, aliás, só se chegaria por interpretação a *contrario sensu* do art. 244; e tal critério é dos menos recomendáveis. As nulidades, mesmo as absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo²⁸².

Por fim, reitere-se que o próprio Código de Processo Civil permite a convalidação de atos nulos ou até mesmo inexistentes, como é o caso de ausência de citação. No art. 214, § 1º, do citado *codex*, com efeito, há a previsão de que "O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação". Se o requerido, a despeito de ter sido citado sem as formalidades legais ou mesmo de não ter sido citado, comparece e apresenta resposta, não se deve declarar qualquer nulidade.

²⁷⁹ BEDAQUE, 1990, p. 35.

²⁸⁰ DINAMARCO, 2002b, p. 600.

²⁸¹ THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 258.

²⁸² SILVA; GOMES, 1997, p. 230.

4.2 REPENSANDO O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

A despeito de todas as considerações que foram aduzidas sobre o princípio da instrumentalidade das formas, a sua aplicação, no campo pragmático, tem sido demasiado restrita. De fato, como visto, tem-se circunscrito a sua aplicabilidade apenas às nulidades relativas e às anulabilidades. De qualquer modo, essa limitação injustificável, aos poucos, vem sendo vencida pela doutrina e pela jurisprudência.

Na verdade, dado o conteúdo do princípio da instrumentalidade das formas, não parece haver nenhum óbice quanto à adoção de uma extensão maior de sua aplicação. Não se trata, contudo, apenas de sustentar a sua aplicação às nulidades de forma ditas absolutas. Mais do que isso: nada obsta, considerando o seu conteúdo, que seja ampliada a sua aplicação também às nulidades de fundo (ausência de condições da ação e pressupostos processuais).

4.2.1 Justificativas

Indaga-se, desde logo, o porquê da ampliação da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, se a própria lei, no art. 244, do CPC, diante de uma exegese literal, parece ter limitado a sua aplicação às nulidades não cominadas. A questão é relevante, na exata medida em que redimensiona um paradigma de aplicação de um princípio. De qualquer modo, várias são as justificativas que podem ser levantadas para realização da extensão a outras categorias de nulidades (as de fundo).

4.2.1.1 Solução endoprocessual para a efetivação da tutela jurisdicional

Primeiramente, deve-se ressaltar que a extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo constitui uma solução endoprocessual - embora parcial -, para o problema da efetivação da tutela jurisdicional. Isso se coaduna com as perspectivas contemporâneas do direito

processual. Por outras palavras: é uma solução que não precisa de mudança no ordenamento jurídico; necessita, apenas, de mudança na mentalidade dos operadores do direito.

Trata-se, assim, de solução que pode ser adotada de plano, por prescindir de alteração legislativa. Não deve mesmo o processualista apenas destacar a necessidade de realização de reformas legislativas no sistema processual²⁸³ e quedar-se inerte aos anseios dos jurisdicionados e ao escopo do processo. Ao processualista afinado com as diretrizes de sua ciência cabe buscar soluções dentro do próprio sistema e apontá-las.

4.2.1.2 Redimensionamento consentâneo com as diretrizes e perspectivas contemporâneas do direito processual

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que o redimensionamento da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas alinha-se perfeitamente às diretrizes contemporâneas do direito processual. Em outras palavras: a extensão da aplicação do citado princípio facilita a concessão da tutela jurisdicional e realiza o escopo do processo.

A necessidade de efetiva aplicação do direito material, na esfera processual, já foi ressaltada neste trabalho e, de fato, constitui-se no escopo do processo. As diretrizes contemporâneas do direito processual alinham-se exatamente no sentido da maior aproximação do processo ao direito material e da sua efetiva aplicação, para que a tutela jurisdicional seja prestada. Nesse contexto, não há dúvidas de que o redimensionamento da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas pode contribuir muito em relação a isso.

²⁸³ Não se ignora a necessidade de serem feitas reformas na legislação processual para adequá-la aos anseios da sociedade. O que se repugna, entretanto, é a inércia do processualista em simplesmente acomodar-se apontando a necessidade de mudanças no sistema processual.

É que, por tratar a forma como meio e não como fim, a instrumentalidade das formas facilita a aplicação do direito material. Desse modo, a sua aplicação deve ser maximizada exatamente em função disso. A única razão de ser do processo é a aplicação do direito material. Como lembra Galeno Lacerda²⁸⁴, "o processo sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido". Nesse contexto, todas as técnicas que propiciem essa aproximação devem ser valoradas e ter a sua utilização estimulada.

Repensar o princípio da instrumentalidade das formas, assim, pode contribuir em muito para a efetivação da tutela jurisdicional. Na verdade, não se trata de repensar o seu conteúdo, que é demasiado simplório, mas sim a extensão da sua aplicação, com a respectiva mudança de concepção dos operadores do direito.

4.2.1.3 Maximização do sentido e alcance das regras que relativizam as nulidades processuais

Deve-se consignar, outrossim, que a instrumentalidade substancial das formas constitui-se em uma forma de flexibilização, ou seja, de mitigação do rigor das nulidades. Coaduna-se com idéia de que o formalismo, por si só, deve ser rechaçado. Como lembra Bedaque²⁸⁵, "muito mais importante do que a atipicidade do ato ao modelo legal, são os fins deste, é o seu escopo". Ora, essa idéia pode ser perfeitamente estendida ao conjunto dos atos processuais, ou seja, ao processo como um todo.

A relevância das regras que se destinam a relativizar as nulidades já foi destacada pela doutrina, sobretudo pelo aspecto de que elas representam fatores de facilitação da justiça. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte:

²⁸⁴ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da associação de juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano X, n. 28, p. 8, 1983.

²⁸⁵ BEDAQUE, 1990, p. 36.

A maior flexibilização das nulidades, tornando mais abrangente a possibilidade de convalidação dos defeitos do procedimento, é apontada pela doutrina até mesmo como fator importante na facilitação do acesso à justiça²⁸⁶.

No mesmo sentido, Galeno Lacerda²⁸⁷, no ano de 1982, em conferência proferida em Porto Alegre, aventou a importância que detêm, no sistema processual, as regras que relativizam as nulidades processuais. Partindo da premissa de que, embora as normas processuais sejam de ordem pública, existe uma hierarquia entre elas, concluiu que no ápice dessa pirâmide estão situadas as normas que relativizam as nulidades processuais. Posto que longo, mas pela preciosidade e distinção de seu conteúdo, cabe trazer à baila o escólio do citado autor:

No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir a sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material. Se assim é, como na verdade é, cumpre indagar quais as normas que, dentro de um Código de Processo, tutelam a instrumentalidade, porque nelas reside e habita o interesse público dominante. Fácil encontrá-las no capítulo destinado à disciplina das nulidades processuais. Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração. Por este motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça²⁸⁸.

Nota-se, assim, a relevância das normas processuais que relativizam as nulidades no sistema processual. Elas reafirmam a própria ontologia do processo. Essas regras devem ter a sua aplicação incentivada e maximizada. Nesse particular, justifica-se a extensão da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 244 e 154 do CPC, às nulidades de fundo.

²⁸⁶ BEDAQUE, 1990, p. 35.

²⁸⁷ LACERDA, 1983, p. 10-11.

²⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

Ademais, como lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁸⁹, é necessário evitar que o instrumento processual possa "vir a sucumbir em virtude de erros de pura forma". Assim, deve-se procurar salvar os processos, não somente se evitando a declaração de nulidade de atos processuais, mas, sobretudo, evitando-se as extinções de processos sem que haja julgamento de mérito.

Nesse contexto, não há dúvida quanto à necessidade de extensão da aplicação da norma prevista no art. 244 do CPC às nulidades de fundo. Com efeito, tal extensão vislumbra exatamente evitar a prolação de sentenças terminativas, ou seja, que os processos possam vir a "sucumbir em virtude de erros de pura forma".

4.2.1.4 Forma de operacionalização do processo sem antepô-lo à justiça

Por fim, como lembra Dinamarco²⁹⁰, é necessário "operacionalizar o processo, sem antepô-lo à justiça". Nesse contexto, deve-se destacar que instrumentalidade substancial das formas alinha-se a essa necessidade, vez que reduz o valor das formas - com a respectiva operacionalização do processo - e maximiza o valor do direito material - destacando a altivez da Justiça. Assim, a instrumentalidade substancial das formas permite a anteposição da justiça em relação ao processo.

4.2.2 A instrumentalidade substancial das formas

O redimensionamento do princípio da instrumentalidade das formas representa um instrumentalismo substancial. Na verdade, ao se maximizar a aplicação de um princípio, está-se conferindo caráter substancial ao seu conteúdo. Por outras palavras: a forma substancial de um princípio é aquela de máxima aplicação, de efetiva realização de seu enunciado. E a necessidade de conferir-se caráter substancial ao instrumento judicial já vinha sendo ressaltada pela doutrina, *in verbis*:

²⁸⁹ OLIVEIRA, 1997, p. 206.

²⁹⁰ DINAMARCO, 2003a, p. 329.

O processo sempre foi instrumental. Agora, porém, vigorando como princípio, o instrumentalismo se impõe de forma radicalmente diferente do instrumentalismo clássico. O instrumentalismo não é mais tão nominal e formal, é instrumentalismo a serviço do material e do substancial²⁹¹.

Nesse contexto, o clássico princípio da instrumentalidade das formas pode ser considerado diante de dois prismas: o formal e o substancial. A sua concepção formal implica o seu tradicional emprego somente em relação às anulabilidades e às nulidades relativas. A sua maximização, contudo, ou seja, a possibilidade de sua aplicação aos pressupostos processuais e às condições da ação, culmina na sua vertente substancial. Eis aí o princípio da instrumentalidade substancial das formas.

4.3 CONTEÚDO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS

Chega-se, agora, ao momento de esboçar o conteúdo da instrumentalidade substancial das formas. Na verdade, uma incursão no seu conteúdo epistemológico deve ser feita para que se possa compreender a sua forma de aplicação. Ademais, essa incursão permitirá apartá-la de outros princípios que lhe são próximos, como o da instrumentalidade do processo e o da instrumentalidade das formas.

4.3.1 Conteúdo *stricto sensu* da instrumentalidade substancial das formas

4.3.1.1 Horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas

A instrumentalidade substancial das formas consiste numa espécie de horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas. Por outras palavras: a instrumentalidade substancial das formas é produto da extensão do princípio da instrumentalidade das formas.

²⁹¹ PORTANOVA, 1999, p. 49.

Na verdade, tradicionalmente, o princípio da instrumentalidade das formas tem a sua aplicação circunscrita às nulidades relativas e às anulabilidades. A aplicação desse princípio às nulidades absolutas, como visto, é controvertida na doutrina. De qualquer modo, como se percebe, a sua aplicação tem sido circunscrita às nulidades de forma.

O que se sustenta, aqui, é a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas não somente às citadas nulidades, mas também às nulidades de fundo, ou seja, aos casos em que há, no processo, por exemplo, falta de pressupostos processuais ou mesmo de condições da ação. Trata-se de horizontalizar o princípio previsto no art. 244 do CPC.

De fato, mesmo nesses casos em que há nulidade de fundo, se o processo vier a atingir o seu fim, sem que haja prejuízo para uma das partes, havendo possibilidade de aplicação do direito material, não deve o magistrado restringir-se a declarar a nulidade. Na verdade, não deve o julgador inclinar-se pura e simplesmente à declaração de extinção do processo sem julgamento de mérito - nos casos em que há ausência de pressupostos processuais ou condições da ação.

Com efeito, não há sentido em, sendo possível conhecer do mérito da questão, o magistrado extinguir o processo sem julgamento de mérito. Na verdade, se o processo atingiu a sua finalidade, não proporcionando prejuízo para as partes, mesmo que ele esteja inquinado de algum vício processual grave (nulidade de fundo, por exemplo), deve o juiz julgar o seu mérito.

O jurisdicionado almeja do Poder Judiciário uma solução para a questão que foi submetida a sua apreciação. Nesse contexto, devem-se evitar pronunciamentos de ordem eminentemente processual, como as sentenças terminativas (art. 267 do CPC). É notório que o jurisdicionado espera do Judiciário a solução da sua lide, com a respectiva aplicação do direito material; ou seja, aguarda-se a concessão da tutela jurisdicional. Para esse fim é que o processo foi instituído.

Sobrepôr a forma ao conteúdo, isto é, privilegiar-se soluções no plano processual representa, valendo-se da feliz expressão utilizada pelo prof. Carlos Alberto de Oliveira, já citada neste trabalho, a verdadeira elevação do processo "a medida de todas as coisas"²⁹². O processo deve ser considerado como um meio para se atingir o fim de realização do direito material.

Por fim, deve-se destacar que não há cabimento para invocação do argumento de que o art. 244 do CPC, a partir do qual foi delineado o princípio da instrumentalidade substancial das formas, não faz menção às nulidades absolutas. Ou mesmo o argumento de que a sua interpretação não poderia ser demasiado ampla por implicar verdadeira realização de atividade legiferante por parte do operador do direito. Sobre o exposto, oportuna é a lição de Carlos Maximiliano:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e social²⁹³.

Ademais, como lembra Galeno Lacerda²⁹⁴, a lei que rege as formas processuais deve ser sempre interpretada em função de seu fim, pois os malefícios do formalismo no processo resultam, na maioria das vezes, de defeitos na interpretação da lei processual. A interpretação extensiva do art. 244 do CPC, portanto, não implica nenhuma excrescência. Ao revés, constitui-se em uma forma de evitar o formalismo no direito processual, que muitas vezes decorre, como dito, de defeitos de interpretação.

²⁹² OLIVEIRA, 1997, p. 61.

²⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 59.

²⁹⁴ LACERDA, 1983, p. 8.

4.3.1.2 Advertência: permanência no sistema processual das condições da ação e dos pressupostos processuais

Destaque-se que a instrumentalidade substancial das formas não resulta numa desordem ou mesmo numa desestruturação do sistema processual. Com efeito, não se quer extirpar do sistema processual, com esse princípio, as sentenças terminativas (art. 267 do CPC). Na verdade, e isso é óbvio, os pressupostos processuais e as condições da ação, assim como as respectivas sentenças terminativas continuarão existindo, até mesmo porque têm previsão expressa no próprio Código de Processo Civil.

De qualquer modo, nos casos em que seja possível julgar o mérito da questão submetida a exame por parte do Poder Judiciário, o magistrado, por questões meramente formais, não deve deixar de fazê-lo. Mesmo ausentes pressupostos processuais ou condições da ação, se há possibilidade de julgar o mérito, sem prejuízo para as partes, deve preponderar a interpretação extensiva das normas que estão nos arts. 244 e 154 do CPC. Em síntese: o princípio da instrumentalidade substancial das formas deve ser aplicado.

Assim, não há nenhuma incompatibilidade entre a instrumentalidade substancial das formas e o sistema normativo do CPC. Trata-se apenas de aplicar uma norma processual em detrimento de outras nos casos em que isso é possível, por ausência de prejuízo e por se ter logrado o fim esperado; ou seja, trata-se de fazer prevalecer o princípio da instrumentalidade substancial das formas, cunhado a partir do disposto no art. 244 do CPC, quando há possibilidade de solucionar o mérito da lide, sem prejuízo para as partes.

4.3.1.3 A relevância do binômio prejuízo x finalidade

A instrumentalidade substancial das formas está intimamente relacionada com o binômio prejuízo x finalidade. Esse binômio, na verdade, é de fundamental relevância para a aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Como

ressalta José Roberto Bedaque²⁹⁵, "prejuízo e escopo, duas noções essenciais à compreensão do problema das nulidades".

Realmente, o princípio da instrumentalidade substancial das formas somente pode ser aplicado quando o conjunto dos atos praticados no processo tenha atingido o seu fim (finalidade) sem que tenha ocorrido prejuízo para as partes (prejuízo). Assim, se o processo atingiu o seu fim, mas houve prejuízo para uma das partes, que não foi citada e não apresentou defesa, por exemplo, não há que se cogitar da aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas.

Por outro lado, se o processo, mesmo contendo nulidades de fundo, atingiu o seu fim, sem prejuízo para as partes, havendo possibilidade de julgamento de mérito, não se deve pronunciar a nulidade somente por obséquio às leis processuais. Não se pode olvidar que o processo não representa nada mais do que um meio para se atingir a realização do direito material. O processo sem o direito material equivale ao corpo sem a alma.

Assim, se o réu não foi citado (ausência de um pressuposto processual), por exemplo, mas compareceu em juízo e apresentou defesa cabal, o processo atingiu o seu desiderato. Mesmo que o réu alegue, ao final do rito, por simples petição, já que matéria de ordem pública (art. 267, § 3º e 301, § 4º do CPC), a inexistência de pressuposto processual de existência (citação válida), o magistrado deve, valendo-se da instrumentalidade substancial das formas, julgar o mérito da questão.

Em síntese: se os atos processuais atingiram o seu fim, ou seja, se o processo atingiu o seu desiderato (finalidade), não havendo prejuízo para as partes (prejuízo), não deve o juiz declarar eventuais nulidades processuais, ainda que de fundo. Deve, sim, apreciar o mérito da questão, valendo-se do princípio da instrumentalidade substancial das formas, e aplicar o direito material. Entendimento contrário atentaria contra a própria essência do instrumento judicial.

²⁹⁵ BEDAQUE, 1990, p. 36. No mesmo sentido, ressalta Gonçalves (1993, p. 57) que o princípio da instrumentalidade das formas está subordinado a dois outros princípios, que são: o da finalidade do ato e o da ausência de prejuízo.

Registre-se, ainda, que a relevância do binômio finalidade x prejuízo ultrapassa até mesmo a observância estrita da forma. Na verdade, se o ato, mesmo sendo praticado em consonância com a forma prevista na lei, ou seja, com o tipo legal, não vier a atingir a sua finalidade, o magistrado poderá determinar a sua repetição. Nesse sentido, pode-se aduzir o seguinte:

Há aqui uma interessante questão a ser proposta: e se o ato respeitar a forma prevista em lei, mas mesmo assim não atingir sua finalidade? Nesse caso, ele será válido? Em princípio sim, mas o juiz tem o poder de mandar repetir o ato judicial se perceber que ocorreu alguma forma de cerceamento de defesa de um dos litigantes. Afinal, deve-se levar em conta a função técnica e a finalidade ontológica que a lei atribui à forma e não o alvo subjetivo que o legislador teve em mente ('na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum - LICC, art. 5º')²⁹⁶.

Por fim, é oportuno consignar que existe um indicador, de ordem objetiva, da inexistência de prejuízo para a parte. Trata-se da possibilidade de julgamento favorável à parte cuja declaração de nulidade aproveitar. De fato, se o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem a declaração da nulidade iria beneficiar, há ostensiva prova de que não ocorreu prejuízo.

Nesse contexto, dispõe o art. 249 do CPC que "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta". Esse preceito constitui um indicador objetivo da inexistência de prejuízo. Deve ser interpretado de forma extensiva, por se tratar de norma relativizadora das invalidades, aplicando-se inclusive às nulidades de fundo²⁹⁷.

²⁹⁶ MARCATO, 2004, p. 688.

²⁹⁷ Registre-se, contudo, que a doutrina tem sustentado que, em relação às nulidades de fundo, o prejuízo é sempre presumido. Cf. COSTA, José Rubens. **Tratado de processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 529.

4.3.1.4 O prejuízo no plano processual (violação do contraditório) e no plano material

O prejuízo pode ocorrer no plano processual ou no plano material. Na verdade, a inobservância da forma pode implicar conseqüências tanto no plano do direito processual, como no plano do direito material.

O prejuízo no plano processual pode ser aferido pela inobservância do princípio do contraditório. De fato, se a parte não teve assegurado o seu direito de contraditar os argumentos e as provas produzidas pela outra parte, o seu prejuízo restará evidenciado. Assim, se o princípio do contraditório não foi observado, o prejuízo, ao menos no campo processual, será indiscutível. Sobre o prejuízo no plano do direito processual, pode-se trazer à colação o seguinte:

O prejuízo processual é o entrave que impossibilita a participação das partes na medida em que o modelo normativo do processo a permite (prejuízo como dano aos objetivos do contraditório)²⁹⁸.

Destaque-se que, havendo prejuízo no campo processual, não há que se cogitar de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Na verdade, o prejuízo no plano do processo, pela inobservância do contraditório, desfigura a própria finalidade do instrumento judicial.

Assim, se houve prejuízo no plano processual, pela inobservância do princípio da bilateralidade, a nulidade de fundo não poderá ser sanada. Com efeito, qualquer resvalo à regra do contraditório, por causar prejuízo para a parte, implica na impossibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial.

Por outro lado, havendo observância do contraditório, ainda que exista uma nulidade de fundo, a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas poderá ser realizada.

²⁹⁸ GONÇALVES, 1993, p. 62.

Isso queda claro a partir de exemplo já citado neste trabalho. Nos casos de ausência de citação, se o requerido comparecer em juízo e apresentar defesa cabal, não há que se invocar qualquer nulidade por falta de pressuposto processual de existência (citação válida). Nesse caso, não houve prejuízo na esfera processual, vez que o contraditório foi observado. Assim, o princípio da instrumentalidade substancial das formas pode ser aplicado.

De outro lado, se o requerido, não sendo citado, comparece em juízo e não apresenta defesa cabal, o prejuízo pela inobservância da forma restará evidenciado. De fato, não apresentando defesa, queda evidente que a ausência de citação lhe causou um prejuízo no campo processual. Nesse caso, em função desse prejuízo que é observado na esfera processual, o princípio da instrumentalidade substancial das formas não pode ser aplicado.

O prejuízo pode estar, ainda, no plano do direito material. Ou seja, a inobservância de uma determinada forma, com a respectiva existência de uma nulidade de fundo, pode conduzir a um resultado não esperado no plano do direito material. Nesses casos, contudo, algumas considerações devem ser tecidas de modo a evitar qualquer confusão.

De fato, a ótica de análise desse prejuízo não é parcial, ou seja, não pode o prejuízo no plano do direito material, decorrente de uma nulidade de fundo, ser analisado sob o prisma do vencedor ou do vencido. A sua análise deve ser aferida por um espectro imparcial, ou seja, sob a ótica do julgador, de modo a considerar se houve prejuízo, ou não, quanto aos elementos fáticos necessários à prolação da decisão.

Na verdade, eventual prejuízo que venha a ocorrer no plano do direito material decorrerá sobretudo da existência de um prévio prejuízo no plano do direito processual. De fato, se o contraditório não foi bem observado no transcurso do procedimento, é possível que a solução apontada pelo magistrado não seja a mais justa, isto é, a mais próxima da vontade do direito material. Assim, para evitar prejuízo na esfera do direito material, a observância do contraditório deve ser reforçada.

4.3.2 Instrumentalidade substancial das formas e instrumentalidade das formas

O princípio da instrumentalidade das formas não se confunde com o princípio da instrumentalidade substancial das formas, ao menos no plano epistemológico. Com efeito, o primeiro postulado tem a sua aplicação restrita às nulidades relativas e às anulabilidades. Como visto, há segmento na doutrina que estende a sua aplicação também às nulidades absolutas. De qualquer modo, o princípio da instrumentalidade das formas somente é aplicado às nulidades de forma.

De outro lado, a instrumentalidade substancial das formas consiste numa espécie de horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas. Com efeito, o intento é estender a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo, ou seja, aos processos nos quais há ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação. Trata-se, pois, de maximizar a aplicação da norma inserta no art. 244 do CPC.

Assim, embora tenham o mesmo conteúdo finalístico, os princípios são aplicáveis a situações distintas: a instrumentalidade das formas, como tradicionalmente é defendido em doutrina, é aplicada às nulidades de forma. Já a instrumentalidade substancial das formas aplica-se às nulidades de fundo. A diferença é importante na medida em que a doutrina procura cingir a aplicação da instrumentalidade das formas apenas a uma categoria de nulidades: as de forma.

4.3.3 Instrumentalidade substancial das formas e instrumentalidade do processo

A instrumentalidade substancial das formas também não se confunde com a instrumentalidade do processo. Realmente, o processo é por natureza instrumental, ou seja, meio de realização do direito material. Não há uma razão de ser no processo que o legitime por si só. A sua instrumentalidade, ou seja, a sua natureza de meio realizador de fins faz parte da sua própria ontologia.

A instrumentalidade substancial das formas não pode ser confundida com a instrumentalidade do processo. Na verdade, aquele princípio permite a materialização deste. Por outras palavras: a instrumentalidade substancial das formas representa uma técnica para efetivação da própria instrumentalidade do processo. É um meio facilitador deste fim.

4.3.4 Instrumentalidade das formas e instrumentalidade do processo

Do mesmo modo, como ressalta Dinamarco²⁹⁹, a instrumentalidade das formas não pode ser confundida com a instrumentalidade do processo. Aquele princípio, na verdade, constitui-se em uma diretriz endossistemática, norteadora do sistema processual e, mormente, das nulidades processuais.

Assim, pode-se dizer que o princípio da instrumentalidade das formas propicia a realização instrumental do processo. Por outras palavras: a instrumentalidade das formas viabiliza a realização da própria essência do processo, por materializar o seu característico teleológico, instrumental.

De qualquer modo, ambos os institutos, ou seja, tanto a instrumentalidade das formas como a instrumentalidade do processo têm em comum o endereçamento negativo. De fato, tanto um como outro têm a função de advertir o aplicador do direito quanto às limitações funcionais das formas e do próprio sistema processual - que não constituem fins, mas sempre meios³⁰⁰.

4.4 APLICAÇÃO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS

Chega-se ao momento de explanar a forma de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. De qualquer modo, antes de se adentrar

²⁹⁹ DINAMARCO, 2003a, p. 325.

³⁰⁰ Ibidem, p. 325-326.

no casuísmo da sua aplicabilidade, é de bom alvitre tecer algumas considerações quanto à impossibilidade de ela ser generalizada.

4.4.1 Advertência prévia: impossibilidade de generalização da sua aplicação

A instrumentalidade substancial das formas não pode ter a sua aplicação generalizada a todas as hipóteses em que ocorram nulidades de fundo. Na verdade, isso se dá exatamente pelo fato de que a sua aplicação demanda análise do binômio prejuízo x finalidade.

Com efeito, se existiu prejuízo ou o conjunto dos atos processuais não atingiu a sua finalidade, não há que se cogitar na aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Assim, nem todas as nulidades de fundo poderão ser desconsideradas.

Ademais, deve-se ressaltar que há determinadas nulidades de fundo que não permitem, em qualquer caso, o aproveitamento do processo. Por outras palavras: há certas nulidades de fundo que conduzem necessariamente à extinção do processo sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267 do CPC, inviabilizando a aplicação da instrumentalidade substancial das formas.

É o que ocorre, por exemplo, com as nulidades de fundo que decorrem da litispendência e da coisa julgada. No que concerne à incompetência absoluta, embora ela não culmine na extinção do processo, por força do art. 113, § 2º do CPC, também não há possibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas. De qualquer modo, essas espécies de nulidades serão estudadas e analisadas adiante. Desde já, contudo, adiante-se que essas exceções não infirmam a regra.

4.4.2 Hipóteses de aplicação

As hipóteses de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas serão analisadas em dois grupos. Analisar-se-ão, primeiro, as hipóteses de aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação aos pressupostos processuais e, em seguida, em relação às condições da ação.

4.4.2.1 Em relação aos pressupostos processuais

A relação jurídica de direito processual não se confunde com a de direito material. Essa distinção já havia sido reconhecida por Bülow desde 1868. E cada relação, por ser autônoma e distinta, tem os seus respectivos requisitos. Assim, a relação processual, do mesmo modo que a relação de direito material, demanda requisitos próprios para a sua formação e regular desenvolvimento: são os pressupostos processuais.

Os pressupostos processuais, embora haja cizânia na doutrina quanto à sua enumeração³⁰¹ e classificação³⁰², são os seguintes: a) petição inicial apta; b) citação válida; c) capacidade processual; d) capacidade postulatória; e) competência e f) inexistência de litispendência e coisa julgada. A aplicação da instrumentalidade

³⁰¹ Na doutrina, há, de fato, divergência quanto à enumeração dos pressupostos processuais. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In: _____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 85. Há quem elenque, por exemplo, apenas três pressupostos: a) demanda regularmente formulada; b) capacidade de quem a formula e c) investidura. Essa é a orientação defendida por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 287. Há, ainda, quem arrole os seguintes: a) petição inicial; b) jurisdição; c) citação; d) capacidade postulatória; e) petição inicial apta; f) competência e imparcialidade; g) capacidade de agir e capacidade processual e h) litispendência e coisa julgada. Essa orientação é defendida por: WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p. 221-228. Registre-se, ainda, que há orientação no sentido de que os pressupostos processuais são os seguintes: a) competência; b) capacidade das partes; c) representação por advogado; d) forma processual adequada; e) citação válida; f) petição inicial apta e g) inexistência de litispendência, coisa julgada, preempção e nulidades. Nesse sentido é a lição de NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 24.

³⁰² Há quem classifique os pressupostos processuais em objetivos e subjetivos. Cf. NUNES, 2003, p. 24; SANTOS, 1998, p. 324. Outros autores preferem classificá-los em de existência e de validade: WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 230. No mesmo sentido: NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 595. Há, ainda, uma terceira orientação que classifica os pressupostos processuais em de existência e de desenvolvimento. Cf. THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 55.

substancial das formas será analisada em relação a cada um desses pressupostos processuais.

4.4.2.1.1 *Petição inicial apta*

Não há qualquer objeção quanto à possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas em relação ao processo que foi inaugurado por petição inepta. Por outras palavras: ainda que a exordial seja inepta, é possível, em certos casos, que o magistrado profira sentença de mérito.

Obviamente, sempre que possível, o magistrado deverá determinar que o requerente proceda à emenda da peça vestibular, como preceitua o art. 284 do CPC. De qualquer modo, não sendo adotada essa providência, ainda assim, é possível que o juiz adentre no mérito da lide, desde que verificadas certas condições.

Como dito, para aplicação da instrumentalidade das formas é relevante a aferição de dois elementos: prejuízo e finalidade. De modo que, mesmo que a petição inicial seja inepta, se ela atingiu a sua finalidade e não houve prejuízo para as partes, o pronunciamento de mérito pelo magistrado aduz-se como imperioso.

No caso de exordial inepta, se o requerido vier a apresentar contestação cabal, na verdade, a peça inicial não lhe trouxe qualquer prejuízo. Ora, o defeito da inicial não foi tão profuso a ponto de impedir a compreensão do conteúdo da citada peça. Tanto isso é verdade que o requerido apresentou contestação cabal, impugnando todos os fatos, a despeito da eventual ausência de um pressuposto processual (petição inicial apta).

Verificando, portanto, que a inicial, embora inepta, não trouxe prejuízo para o requerido - o qual apresentou contestação cabal -, não há por que o magistrado deixar de apreciar, pelo menos em função desse aspecto, o mérito da lide, aplicando o direito material. Eis aí azo para aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas, que, em sintonia com as diretrizes e as perspectivas

contemporâneas do direito processual, permite a aproximação do direito processual ao material.

Reitere-se que a possibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas deve ser analisada diante dos casos concretos. De fato, é diante das situações concretas que o magistrado poderá aferir se a inicial, embora inepta, alcançou a sua finalidade e, ainda, se houve eventual prejuízo, tanto para o requerente como para o requerido. Ausente qualquer um desses requisitos, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, como preceitua o art. 267 do CPC.

Um exemplo elucidará a possibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação ao processo inaugurado por petição inepta. Basta imaginar uma peça vestibular na qual tenha sido narrado o fato (causa de pedir remota) exaustivamente e de forma clara, mas cujos fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) não tenham sido aduzidos³⁰³. Nesse caso, segundo o art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC, a petição inicial é inepta.

Suponha-se, contudo, que o magistrado tenha, ainda assim, determinado a citação do requerido. E este, devidamente citado, compareça em juízo e apresente resposta cabal à pretensão deduzida pelo requerente. Ora, a ausência de fundamentação jurídica, nesse caso, não impossibilitou que o ato inaugural do procedimento atingisse a sua finalidade, e nem tampouco resultou em prejuízo para o requerido, que apresentou a sua defesa.

O juiz, nesse caso, deverá julgar o mérito da questão, afastando eventual preliminar alegada de inépcia da inicial. Com efeito, se o fim do ato foi colimado, ou seja, atingido, e não houve prejuízo para as partes, mesmo que o ato tenha sido realizado em desconformidade com o tipo legal, deve ser ele admitido como válido (art. 244 do

³⁰³ A causa de pedir pode ser remota ou próxima. A primeira equivale aos fatos, enquanto a segunda, aos fundamentos jurídicos. Nesse sentido: SANTOS, 1998, p. 164. Registre-se, contudo, que há orientação na doutrina que sustenta que a causa de pedir próxima corresponde aos fatos, enquanto a remota aos fundamentos jurídicos. Essa é, por exemplo, a orientação defendida por NERY JUNIOR, NERY, 2003, p. 670 e 671. No mesmo sentido, cf. RODRIGUES, 2003, p. 164. A primeira orientação tem sido a dominante na doutrina, motivo pelo qual será adotada neste trabalho.

CPC). Entender de forma diversa implicaria sobrepor a forma ao seu fim, ou seja, o processo (instrumento) ao direito material.

Nesse sentido, há, inclusive, em matéria de inépcia da exordial, importante decisão do STJ que ressalta a finalidade do ato e a ausência de prejuízo para a defesa. Na verdade, embora essa decisão não tenha feito menção à instrumentalidade substancial, pautou-se certamente nas idéias consubstanciadas nesse princípio. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, averbou a seguinte conclusão: "A petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresentar tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional"³⁰⁴.

Ademais, deve-se registrar que a não descrição da causa de pedir próxima na inicial, a rigor, não traria qualquer prejuízo para a atividade jurisdicional. É que *da mihi factum, dabo tibi jus e iura novit curia*, ou seja, basta narrar o fato, que o juiz dará o direito, porque ele o conhece. Assim, a ausência de fundamentação jurídica pode não implicar prejuízo para as partes.

Como lembra Bedaque³⁰⁵, pode-se afirmar "[...] a possibilidade de o juiz alterar a fundamentação jurídica, sem que isso implique modificação da causa de pedir". Prossegue, concluindo: "Aplica-se a regra *iura novit curia*, pois o limite à atividade do juiz estaria restrito à matéria fática". Na verdade, se o juiz pode alterar a fundamentação jurídica na sua decisão, não há porque se considerar inepta uma petição tão somente pela ausência de fundamentação jurídica³⁰⁶.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 193100-RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. 3ª Turma. j. 15.10.01, DJU 4.2.02, p. 345. NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 386.

³⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

³⁰⁶ A possibilidade de o magistrado afastar-se da fundamentação jurídica invocada pelo autor na exordial é demasiado clara no direito processual penal. De fato, há até mesmo dispositivo expresso a respeito. O art. 383 do CPP consagra o instituto da *emendatio libelli*, o qual autoriza o juiz a "dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia". Em relação ao processo civil a mesma orientação pode ser adotada. Registra o prof. Cruz e Tucci que "[...] afirma Justin Thores que o juiz pode e deve examinar os fatos que lhe são submetidos à luz de todas as normas de direito material, ainda que tais normas não tenham sido invocadas pelas partes". O mesmo autor destaca, ainda, orientação de Araken de Assis, o qual sustenta a possibilidade de o demandante variar, a

Se os limites da lide estão bem definidos na causa de pedir remota, ou seja, na descrição fática, eventual ausência de causa de pedir próxima não pode implicar inépcia da inicial, já que o juiz não está, como visto, adstrito à fundamentação jurídica invocada. Por fim, destaque-se que o legislador da lei dos juizados especiais, afinado a essa orientação, dispensou, no art. 14, o requerente de apresentar os fundamentos jurídicos do seu pedido³⁰⁷.

4.4.2.1.2 *Citação válida*

A citação válida é outro pressuposto processual. Na verdade, trata-se de um dos pressupostos processuais de maior relevo, tendo em vista que propicia a certeza quanto à possibilidade de exercício do contraditório pela parte requerida. De fato, é com a citação que o requerido passa a conhecer a demanda que foi aforada em face da sua pessoa e o seu respectivo conteúdo.

De qualquer modo, ainda que haja ausência de citação válida, é possível que o juiz analise o mérito da questão submetida à sua apreciação, desde que, obviamente, certos requisitos sejam preenchidos. Na verdade, se, embora a citação não tenha sido realizada validamente, ela atingiu o seu fim e não gerou prejuízo para a parte, não há qualquer possibilidade de acolhimento de eventual preliminar ao menos em relação à ausência desse pressuposto processual.

Reitere-se que a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas queda sempre condicionada à análise, nos casos concretos, do binômio prejuízo x finalidade. Por outras palavras: deve o magistrado, no caso concreto, analisar se a citação, embora sendo inválida, alcançou a sua finalidade e se trouxe eventual prejuízo para a parte.

qualquer momento, durante o procedimento, o texto legal invocado na petição inicial (TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 161-162).

³⁰⁷ Nesse sentido: "A lei especial dispensa o fundamento jurídico da pretensão e a exposição de artigos de lei, viabilizando com isso o processamento dos pedidos elaborados por leigos" (CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 127).

Um exemplo elucidará a sua aplicação. Nos casos de citação pelo correio, mediante carta com aviso de recebimento em mão própria, ainda que a correspondência citatória não seja entregue diretamente ao requerido, conforme preceitua o art. 233 do CPC, se ele comparecer em juízo e apresentar a sua resposta, o magistrado não deve acolher eventual preliminar de citação inválida.

Nesse caso, embora a correspondência citatória não tenha sido entregue diretamente ao requerido (o que resvala, em princípio, o disposto no texto legal), o ato atingiu a sua finalidade e não lhe causou qualquer prejuízo. Isso pode ser aferido pela apresentação da resposta. Nota-se, pois, que, nesse caso, embora realizado de outra forma, o ato não deixou de atingir a sua finalidade e nem causou prejuízo. Trata-se de caso em que é cabível a aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Essa orientação, inclusive, foi adotada em julgado do STJ, *in verbis*:

Na citação de pessoa física por via postal, é indispensável a entrega diretamente ao citando, devendo o carteiro colher o seu ciente. Se o aviso de recebimento da carta citatória for assinado por outra pessoa, que não o próprio citando, e não houver contestação, o autor tem o ônus de demonstrar que o réu, ainda que não tenha assinado o aviso, teve conhecimento da demanda que lhe foi ajuizada³⁰⁸.

Ressalte-se, ainda, que o CPC permite até mesmo que a ausência de citação seja suprida pelo comparecimento espontâneo do requerido. De fato, o seu art. 214, § 1º, reza o seguinte: "O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação". Assim, ainda que ausente a citação, se o requerido compareceu em juízo e apresentou a sua contestação cabalmente, há indicativos de inexistência de prejuízo. Se o binômio prejuízo e finalidade foram observados, há azo para aplicação da instrumentalidade substancial das formas.

Mesmo nos casos de ausência de citação, portanto, é possível que seja aplicado o princípio da instrumentalidade substancial. Se o requerido, a despeito de não ter sido citado, compareceu em juízo³⁰⁹ e alegou preliminar de ausência de citação, mas

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RT 351/384. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57370-0-RS. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. j. 26.04.95, DJU 22.05.95, p. 14369. NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 290.

³⁰⁹ Esse comparecimento espontâneo pode ser aferido através da juntada pelo causídico do requerido da procuração com poderes para receber citação.

contestou de forma cabal todos os argumentos levantados pelo requerente, o juiz deve afastar a citada preliminar e adentrar no exame do mérito da questão. Entender de forma diversa implicaria elevar o processo a um plano autônomo e apartado do seu próprio escopo, que é aplicação do direito material.

Assim, a eventual alegação de ausência de pressuposto processual (*in casu*, citação válida) não deve ser acolhida se o ato, perpetrado de outro modo, tenha atingido a sua finalidade, não gerando qualquer prejuízo. Se o binômio finalidade x prejuízo foi observado, imperiosa é a aplicação da instrumentalidade substancial das formas, com a respectiva análise do mérito.

Indo um pouco além, deve-se consignar também que, mesmo que o requerido não tenha apresentado resposta, há possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas nos casos de nulidade de citação. Isso será possível quando não ocorrer prejuízo para o requerido no plano do direito material, ou seja, quando o juiz verificar a possibilidade de julgar *in totum* improcedente o pedido autoral.

Basta imaginar o caso em que, mesmo não havendo citação do requerido, o juiz, ao término do procedimento, vislumbre a possibilidade de julgar improcedente o pedido do autor. Seria demasiado formalismo anular-se todo o processo, para determinar-se a citação do requerido quando, em verdade, o magistrado já pode conceder um provimento de mérito julgando o pedido autoral improcedente³¹⁰. Nesse sentido:

Contudo, seria um excesso de formalismo afirmar-se que o processo é sempre inválido, e seus atos inexistentes, se não tiver havido a prévia citação do demandado. Basta imaginar que o réu tenha saído vencedor no processo, mesmo sem ter tido oportunidade de se defender. A coisa julgada que aí se forma certamente existe e o beneficia. Essa afirmação é válida não só porque o art. 219, § 6º, prevê essa possibilidade, mas principalmente diante do princípio da determinação racional do nulo (art. 244 e 249, § 1º e 2º)³¹¹.

³¹⁰ Obviamente, esse raciocínio não seria válido para aqueles casos em que o juiz vislumbresse a possibilidade de julgar o pedido autoral procedente. Nesse caso, o prejuízo para o requerido decorrente da ausência de citação estaria evidenciado.

³¹¹ MARCATO, 2004, p. 554.

4.4.2.1.3 *Capacidade processual*

A capacidade processual é outro pressuposto processual, o qual está relacionado às partes. Não basta, com efeito, que a parte seja legítima e que detenha capacidade de direito; é necessário ainda que ela esteja, em juízo, no pleno gozo de sua capacidade de fato, de exercício.

Nesse contexto, os incapazes, embora tenham capacidade de ser parte, precisam valer-se do instituto da representação ou da assistência para que a sua capacidade de fato seja suprida. Reza o art. 8º do CPC que "Os incapazes serão representados ou assistidos por seu pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil". Os absolutamente incapazes deverão ser representados, enquanto os relativamente incapazes, assistidos³¹².

A ausência de capacidade processual implica a ausência de pressuposto processual. Imagine-se, contudo, uma determinada situação na qual os autos estão conclusos para sentença, quando o magistrado verifica que o autor não apresenta capacidade processual. De princípio, a solução passaria pela necessidade de correção do defeito processual.

Se o magistrado, no entanto, vislumbrar a possibilidade de julgar o pedido deduzido procedente, não haveria qualquer sentido em determinar-se a correção da ausência do pressuposto processual. Há azo à aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Como lembra Rui Portanova³¹³, fazendo menção ao princípio da instrumentalidade, "a pedra de toque inicial do princípio em estudo é fazer do processo instrumento do direito substancial público e privado".

³¹² No código civil de 1916 existia dispositivo expresso quanto a isso (art. 84 do CC/16), o qual não foi repetido no novo Código Civil. De qualquer modo, há outro dispositivo no código civil em vigor que, embora diverso, permite concluir pela mesma orientação anterior. De fato, o art. 1634, inc. V, reza o seguinte: "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: V - representa-los, até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento".

³¹³ PORTANOVA, 1999, p. 50.

Com efeito, se, mesmo faltando capacidade processual ao autor, o juiz vislumbrar a possibilidade de julgar procedente o pedido, não há lógica em se corrigir aquele vício. É que se o ato, embora realizado de outra forma, atingiu a sua finalidade e não gerou prejuízo para as partes, deve ser considerado como válido. Entender de forma diversa implicaria sobrepor o processo ao direito material, ou seja, em maximizar o valor das formas por si só.

Do mesmo modo, se ausente a capacidade processual do réu, e somente quando conclusos os autos para sentença o juiz verificar o vício, mas vislumbrar a possibilidade de julgar o pedido improcedente, não há sentido em declarar-se aquela nulidade. Se o ato atingiu a sua finalidade e não houve prejuízo para a parte (e isso é evidente, no citado exemplo, já que o pedido será julgado improcedente), não há sentido na prolação de eventual sentença terminativa.

Pode-se dizer que a capacidade processual é um pressuposto processual instituído em benefício da respectiva parte, que presumidamente somente a ela poderá gerar prejuízos. Por outras palavras: a ausência de capacidade processual do réu somente pode gerar prejuízo para ele; a ausência de capacidade processual do autor também somente pode gerar prejuízo para ele. Se, porém, a despeito dessa ausência, o processo atingiu o seu fim e não gerou prejuízo para a parte (o que pode ser aferido através da possibilidade de julgamento de mérito favorável), não haverá sentido em se declarar qualquer nulidade.

Trata-se de situação que permite a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Dito de outro modo: se o ato foi praticado de outra forma, ainda que isso conduza a uma nulidade de fundo, mas se o fim foi atingido e não houve prejuízo para as partes, não se deve declarar a nulidade. O processo deverá ter o seu mérito apreciado. Não se pode olvidar que a sua finalidade é exatamente esta: atuar o direito material.

Essas conclusões, embora possam parecer à primeira vista inovadoras, já foram objeto de sustentação por parte de um processualista português, prof. Miguel Teixeira de Sousa, em artigo publicado em revista nacional de direito processual³¹⁴. É importante, neste momento, trazer à baila seu escólio, posto que longo, mas que pela sua clareza e importância deve ser repetido *ipsis litteris*:

[...] Na realidade, a verificação de que o Tribunal, ao apreciar, mesmo oficiosamente, determinadas exceções dilatórias, tutela interesses das partes implica que esse Tribunal só deve considerar relevante uma dessas exceções quando, na situação concreta, não se lhe ofereça uma outra forma de proteção dos interesses da parte que a exigência do pressuposto procura acautelar. Ou numa formulação ainda mais concreta: o Tribunal só deve absolver o réu da instância quando o pressuposto não preenchido se destina a tutelar os interesses dessa parte passiva e, nesse momento, não é possível concluir pela improcedência da ação ou quando o pressuposto não realizado visa proteger os interesses do autor e, nessa ocasião, não é viável proferir uma decisão condenatória. Como se vê, quanto aos pressupostos que procuram acautelar os interesses das partes *in iudicio*, a absolvição da instância não é uma decisão que deva ser proferida incondicionalmente perante a falta de um daqueles pressupostos, porque a sua função é realmente a de evitar uma sentença de mérito desfavorável à parte cuja posição processual o pressuposto procura salvaguardar. Neste sentido, uma sentença de *absolutio ab instantia* pode ser uma decisão favorável à parte ativa ou à parte passiva - tudo depende do pressuposto cuja falta a fundamenta se destinar à tutela dos interesses do autor ou do réu³¹⁵.

Nota-se, assim, que, mesmo ausente a capacidade processual, se não houve prejuízo para a parte (o que pode ser aferido pela procedência do pedido - em relação ao autor - ou pela improcedência do pedido - em relação ao réu), o magistrado não deve deixar de julgar o mérito da questão submetida à sua apreciação. O juiz, então, deve valer-se da instrumentalidade substancial, aplicando a regra do art. 244 do CPC à nulidade de fundo, prolatando sentença de natureza definitiva, desde que inexista prejuízo e o ato tenha atingido o seu fim.

O STJ, embora estribado em outros argumentos, já fez uso da idéia consubstanciada na instrumentalidade substancial das formas em relação à capacidade processual. Assim se manifestou o excelso pretório: "A outorga de mandado procuratório por pessoa supostamente incapaz, sendo-lhe favorável o resultado da demanda, afasta o vício na representação"³¹⁶. Intruje-se do texto que, inexistindo prejuízo para a parte, vez que procedente o seu pedido, ainda que o ato

³¹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. **Revista de processo**, São Paulo, ano 16, n. 63, p. 64-87, 1991.

³¹⁵ Ibidem, p. 74.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RSTJ 84/342. NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 316.

tenha sido realizado de forma diversa da prevista em lei (sem a respectiva representação), se ele atingiu o seu fim, deve se reputado como válido.

4.4.2.1.4 *Capacidade postulatória*

A capacidade postulatória representa outro pressuposto processual de natureza subjetiva. Na verdade, as partes, para postularem em juízo, devem estar devidamente representadas por profissionais habilitados. Ou seja, é necessário que a parte esteja representada em juízo por advogado. Como dispõe o art. 36 do CPC, "a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado".

É bem verdade que essa regra contempla algumas exceções, ou seja, há casos em que é dispensada a necessidade de a parte ser representada por advogado. São exemplos dessa dispensa: a) em relação às causas que tramitam nos Juizados Especiais, que não excederem a vinte salários mínimos, prescinde-se de advogado (art. 9 da LJE); b) de acordo com o art. 791 da CLT, na Justiça laboral, o empregado e o empregador podem reclamar pessoalmente, sem a necessidade de advogado; c) na impetração de *habeas corpus* também é dispensada a figura do advogado (art. 654 do CPP e art. 1º, § 1º do EA).

Nota-se, assim, que o pressuposto processual referente à capacidade postulatória não é absoluto, podendo ser afastado em determinadas hipóteses. De qualquer modo, regra geral, a capacidade postulatória é exigida e, de fato, trata-se de requisito necessário para o bom desenvolvimento da relação processual. Não foi por outra razão que o constituinte previu, no art. 133, que "o advogado é indispensável à administração da justiça [...]".

Não parece, porém, existir nenhuma objeção quanto à possibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas também em relação a esse pressuposto processual. E isso pode ser feito pelas mesmas razões pelas quais o princípio é aplicável às hipóteses de ausência de capacidade processual, abordadas anteriormente.

Imagine-se uma situação em que figurem como parte autor e réu numa determinada ação, estando este último representado por advogado suspenso³¹⁷ de suas atividades. O rito processual transcorreu normalmente sem que a informação referente à suspensão do profissional fosse suscitada, ou seja, sem que a ausência do pressuposto processual fosse ventilada.

Quando do momento da conclusão dos autos para prolação da sentença, o juiz recebe a informação de que aquele causídico, que funcionou no processo, estava suspenso de suas atividades forenses, mas vislumbra a possibilidade de julgar improcedente *in totum* o pedido aforado. Trata-se de caso que permite, incontestavelmente, a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas.

Na verdade, se, a despeito da ausência do pressuposto processual - a capacidade processual -, o juiz vislumbra a possibilidade de julgar o mérito, sem que haja prejuízo para a parte, não deve declarar eventual nulidade e repetição de todos os atos processuais. Isso atentaria contra a lógica do procedimento, e elevaria o processo a um patamar além do qual ele deve ocupar, ou seja, acima da sua própria finalidade, que é a apresentação da solução no plano do direito material.

Seria mesmo absurdo manifesto repetir todos os atos do processo com a presença do respectivo pressuposto processual que estava ausente, para, ao final, concluir-se novamente pela improcedência do pedido. Isso atenta, como dito, contra a própria lógica e finalidade para a qual foi concebido o instrumento judicial. Assim, se o processo, embora imiscuído de nulidade de fundo - ausência de pressuposto processual -, atingiu o seu desfecho, inexistindo prejuízo para as partes, não há por que se declarar a sua nulidade.

³¹⁷ Reza o art. 37, § 1º do EA que "a suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo".

Deve-se ressaltar que, no caso citado, não há prejuízo para as partes, principalmente para o requerido, já que o pedido deduzido será julgado improcedente. Na verdade, o pressuposto processual da capacidade postulatória foi instituído como uma forma de proteção das respectivas partes. Ora, no caso citado, essa proteção em relação ao requerido, embora inexistente formalmente, não lhe acarretou qualquer prejuízo. É que, como dito, o magistrado vislumbrou o julgamento de improcedência do pedido.

Consigne-se, ainda, que o mesmo exemplo citado poderia ser utilizado em relação ao autor. Se o juiz vislumbrar a possibilidade de julgar *in totum* procedente o pedido autoral, a despeito da ausência de pressuposto processual - capacidade postulatória em relação ao autor -, não deve o magistrado declarar a nulidade, ainda que de fundo. Se a finalidade do processo foi atingida e não houve prejuízo para a parte, deve-se aplicar a instrumentalidade substancial.

De fato, a capacidade postulatória é um pressuposto processual instituído em benefício da própria parte. Nesse sentido, é oportuno trazer à colação escólio do prof. Miguel Teixeira de Sousa:

[...] Foi afirmado que a falta de um desses pressupostos não impede o proferimento de uma decisão condenatória, porque, nessa circunstância, a parte ativa não é prejudicada com a inexistência daquele pressuposto e, portanto, não se justifica que o tribunal conceda a proteção devida à parte cuja posição processual é beneficiada com o preenchimento do pressuposto [...]³¹⁸.

Realmente, não se pode compreender a necessidade de repetição de todos os atos processuais em função apenas da ausência de um pressuposto processual, se o processo atingiu o seu desfecho. Isso implicaria, como lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³¹⁹, em "ver o processo como medida de todas as coisas". Nesse contexto, faz-se necessário repensar todos os institutos processuais, adaptando-os à postura instrumental³²⁰.

³¹⁸ SOUSA, 1991, p. 76.

³¹⁹ OLIVEIRA, 1997. p. 61.

³²⁰ BEDAQUE, 1990, p. 61.

Dir-se-á que a solução aqui preconizada implica verdadeira violação de regras processuais, como a de que os atos perpetrados por um advogado suspenso são inexistentes. Não se pode olvidar, contudo, como já inclusive ressaltado neste trabalho, que todas as normas processuais devem ser temperadas pelo princípio da instrumentalidade. Sobre o exposto, é oportuno trazer à ribalta decisão do STJ:

O STJ vela pela exata aplicação do direito federal, atento à circunstância de que nosso sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas. Daí que poderá o eventual descumprimento de determinada disposição legal não conduzir à inutilização do processo³²¹.

4.4.2.1.5 *Competência*

Outro pressuposto da relação processual é a competência. Como destaca Chiovenda³²², por competência do tribunal entende-se "o conjunto de causas nas quais ele pode exercer, segundo a lei, a sua jurisdição"; em seguida, o citado autor prossegue sustentando que "num segundo sentido, entende-se por competência essa faculdade do tribunal considerada nos limites em que lhe é atribuída". Por outras palavras, competência é "a medida da jurisdição"³²³.

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inc. LIV, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Consagra-se, aí, uma das vertentes do princípio do juiz natural. A competência tem a finalidade de assegurar um julgamento por um órgão previamente definido em lei, visando a preservar a sua imparcialidade.

A inobservância das regras referentes à competência pode culminar na incompetência absoluta ou relativa. A primeira relaciona-se à não observância de regras de competência em razão da matéria, funcional ou hierárquica. Já a segunda

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 70026-7-GO. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 3ª Turma. DJU 25.09.1995, p. 31107. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O novo processo civil brasileiro no limiar do novo século**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 151.

³²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2002. v. 2. p. 183.

³²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 45.

relaciona-se com as regras de competência em razão do território ou do valor da causa, e não representa, a rigor, um pressuposto processual.

A ausência do pressuposto processual da competência parece não se coadunar com a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Por outras palavras: o juiz absolutamente incompetente não pode valer-se da regra do art. 244 do CPC para extirpar o vício que inquina a relação processual.

Na verdade, a competência constitui-se em um dos pressupostos processuais de maior relevância³²⁴, cuja essência está prevista, como visto, no bojo do texto constitucional. E o juiz absolutamente incompetente não pode utilizar-se da instrumentalidade substancial porque ele, a rigor, não pode proferir qualquer ato decisório no processo. O art. 113, § 2º do CPC declara que os atos decisórios do magistrado absolutamente incompetente serão todos nulos.

Tendo em vista que os seus atos decisórios serão nulos, não pode o juiz, a rigor, aplicar a instrumentalidade substancial. Na verdade, para valer-se desse princípio, o magistrado precisaria mesmo proferir uma decisão. Como efeito, "a competência é acima de tudo uma determinação dos poderes judiciais de cada um dos juízes"³²⁵. E, como visto, nos casos de incompetência absoluta, se o juiz vier a proferir decisões, elas serão nulas. Ademais, lembra James Goldschmidt³²⁶ que "a competência é uma premissa da sentença de mérito [...]".

Nem mesmo o argumento da eventual inexistência de prejuízo poderia ser suscitado para viabilizar a aplicação da instrumentalidade substancial. Na verdade, há, nos casos de incompetência absoluta, uma presunção *jure et jure* quanto ao prejuízo em relação aos atos decisórios. Visa-se, com isso, a assegurar a observância do

³²⁴ Segundo Moreira, a competência é o primeiro requisito que deve ser analisado no processo. Assim, ao despachar a inicial, o magistrado deve aferir primeiramente se é competente para tanto. Essa é a orientação de MOREIRA, José Carlos Barbosa. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In: _____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97.

³²⁵ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. v. 2. p. 108.

³²⁶ GOLDSCHMIDT, 2003, p. 204.

princípio constitucional do juiz natural, inserto no art. 5º, inc. LIV, CF. Assim, não se vislumbra a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas em relação às hipóteses de ausência do pressuposto processual competência.

De qualquer modo, a exceção aqui prevista não infirma a regra geral. Por outras palavras: o fato de a instrumentalidade substancial das formas não se aplicar àqueles casos nos quais está ausente o pressuposto processual da competência não redundará na quebra do princípio. Muito pelo contrário, a exceção apenas corrobora a regra geral.

Ademais, deve-se ressaltar que a instrumentalidade substancial das formas, como princípio, permite a sua flexibilização em determinadas hipóteses. Como já ressaltado neste trabalho, os princípios, espécies de normas, podem flexibilizar-se quando em conflito com outros, mas jamais se excluem. Nota-se, assim, que diante do conflito entre o princípio da instrumentalidade substancial das formas e o do juiz natural, deve preponderar o segundo, por assegurar um valor de maior relevo.

4.4.2.1.6 *Inexistência de litispendência e de coisa julgada*

A inexistência de litispendência e de coisa julgada constitui outro pressuposto processual. Na verdade, trata-se de pressuposto processual negativo, tendo em vista que deve estar, diferentemente dos demais pressupostos processuais, ausente. Ou seja: é pressuposto negativo porque não deve estar presente na relação jurídica processual, ao contrário dos positivos, que devem estar presentes no processo.

Ocorre a litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que foi ajuizada. Nesse caso, a segunda ação tem os mesmos elementos³²⁷ que a primeira; isto é, as partes, a causa de pedir (próxima e remota) e o pedido (mediato e imediato) de ambas as ações são idênticos.

³²⁷ Os elementos da ação são três: partes, causa de pedir (próxima e remota) e pedido (imediato e mediato). Tais elementos permitem particularizar as diversas ações, de modo a facilitar a caracterização da objeção de coisa julgada ou de litispendência.

Já a coisa julgada pode ser verificada quando se ajuíza outra ação idêntica a uma que já foi julgada. A diferença substancial entre a coisa julgada e a litispendência é que a primeira verifica-se após o trânsito em julgado da sentença, enquanto a segunda, antes. Essa definição pode ser encontrada no art. 301, § 1º a 3º do CPC³²⁸.

No que concerne à aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação à litispendência e à coisa julgada, não parece ser possível invocar o seu conteúdo para se afastarem as citadas objeções. Não se vislumbra, assim, a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas em relação àqueles feitos nos quais há presença da litispendência ou da coisa julgada.

E isso se deve ao fato de que não haveria sentido em se aplicar a instrumentalidade substancial das formas em relação a um processo cujo conteúdo já foi julgado definitivamente (no caso de coisa julgada) ou está sendo analisado em outro processo (no caso de litispendência). Ora, se já existe um processo no qual a lide já está sendo apreciada, não há que se invocar o preceito da instrumentalidade substancial para que o mérito seja enfrentado.

De fato, deve-se tutelar o valor segurança jurídica, no que concerne à presença da objeção de coisa julgada; e a economia processual e a necessidade de se evitarem decisões contraditórias em relação à litispendência. Esses valores, nesse particular, devem preponderar em relação ao tutelado pela instrumentalidade substancial das formas.

Ademais, destaque-se que a instrumentalidade substancial das formas tem a finalidade de, em última análise, aproximar o direito processual do material, propiciando um julgamento de mérito. Registre-se, no entanto, que, no caso de

³²⁸ Esses preceitos rezam o seguinte: art. 301, § 1º - "Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada"; art. 301, § 2º - "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido"; art. 301, § 3º - "Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

haver coisa julgada em outro processo, é claro, esse julgamento já foi realizado. Não há, pois, sentido em invocar-se o citado cânone.

O mesmo pode ser dito, *mutatis mutandis*, em relação à litispendência. Nesse caso, já existe um outro processo no qual o mérito poderá ser avaliado. Não há sentido, portanto, em se permitir que, num segundo processo, o mérito da lide seja apreciado se isso será feito em outro processo.

Consigne-se, contudo, que há orientação do prof. Miguel Teixeira de Sousa no sentido de ser possível desconsiderar-se até mesmo o pressuposto processual da litispendência, embora essa diretriz não esteja pautada nas idéias decorrentes da instrumentalidade substancial. O argumento central é a viabilidade de, com essa conduta, propiciar-se maior celeridade processual. O precitado autor, de fato, assim se manifesta:

[...] não se vislumbra justificativa plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não se possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente essa mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes³²⁹.

4.4.2.2 Em relação às condições da ação

Adotou-se, entre nós, em matéria de ação, a teoria eclética de Liebman³³⁰. De acordo com essa teoria, a ação é um direito autônomo e abstrato, mas condicionado ao preenchimento de certas requisitos. São as condições da ação. Assim, inexistentes tais condições, haveria mero exercício do direito de demandar, mas não do direito de ação. Nesse sentido:

Enrico Tullio Liebman formulou teoria em que procurou evitar as posições mais extremadas das doutrinas acima expostas. Para ele, a ação pode existir mesmo quando o autor não tiver o direito que pleiteia; mas só existirá se o autor preencher determinadas *condições* que permitam ao juiz julgar o mérito da causa³³¹.

³²⁹ SOUSA, 1991, p. 65.

³³⁰ Cf. LIEMBAN, 1985, p. 154-161.

³³¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1º ao 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. p. 21.

Para Liebman³³², três são as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido³³³, legitimidade para agir e interesse processual. O direito de ação só pode ser considerado exercido se estiverem presentes as precitadas condições. Na verdade, a ausência de apenas uma delas conduz, pela citada teoria, à carência da ação.

Assim, podem-se conceituar as condições da ação³³⁴ como requisitos necessários para o exame do mérito. Constituem uma espécie de filtro processual para que o *meritum causae* possa ser analisado. O que será analisado adiante, entretanto, não é a teoria de Liebman sobre as condições da ação³³⁵, mas sim a possibilidade de ser aplicado a elas o princípio da instrumentalidade substancial das formas.

4.4.2.2.1 *Legitimidade ad causam*

A legitimidade de agir ou *ad causam* é a primeira condição da ação e consiste na titularidade ativa ou passiva da *actio*. Na verdade, o autor estará legitimado para a ação quando for o possível titular do direito pretendido, enquanto que o réu será parte legítima quando ele for a pessoa indicada a, nos casos de procedência do pedido, suportar os efeitos decorrentes da sentença.

A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido; indica, pois, para cada processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto³³⁶.

³³² LIEBMAN, 1985, p. 154-161.

³³³ Registre-se que, a partir da terceira edição do seu *Manuale*, Liebman não mais elencou a possibilidade jurídica como uma das condições da ação. A matéria, contudo, será tratada quando da análise da possibilidade de aplicação da instrumentalidade substancial das formas aos casos em que ocorre impossibilidade jurídica do pedido.

³³⁴ Segundo Bedaque (2001a, p. 72), a visão instrumentalista do direito processual e de seus institutos fundamentais permite concluir que as condições necessárias ao poder de exigir a prestação jurisdicional estabelecem intenso vínculo entre o direito e o processo.

³³⁵ Sobre esse assunto cf.: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 206 p. Cf. também: GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 115 p.

³³⁶ LIEBMAN, 1985, p. 157.

São legitimados para o processo aqueles titulares dos interesses em conflito. A legitimidade ativa pertence ao titular do interesse apresentado e a passiva, ao titular do interesse oposto. Trata-se de uma espécie de adequação dos titulares da relação jurídica de direito material à relação jurídica de direito processual. Por exemplo: a ação de despejo deve ser ajuizada pelo locador e não pela administradora do bem objeto de locação, sob pena de ilegitimidade ativa.

Consigne-se que a legitimidade traz ínsita a idéia de transitividade, querendo-se significar com isso que um determinado autor é legitimado em relação a um determinado réu, e tendo em vista uma dada situação que a ambos diz respeito. É um conceito dinâmico: só se pode ser legítimo em relação a alguém e em relação a alguma coisa. No plano estático, não se pode falar em legitimidade, mas sim em capacidade.

Como já tivemos oportunidade de enunciar, o processo é uma entidade complexa, formada por sujeitos, objeto, pressupostos e finalidade próprios. Justamente por ser complexo, dinâmico e dialético, o procedimento animado pela relação jurídica processual atribui a estes sujeitos faculdades, ônus, obrigações, deveres e poderes ante uma determinada situação jurídica que os envolva.

Nesse diapasão é que se situa a figura da legitimidade. O sujeito processual só estará credenciado a atuar na posição jurídica processual respectiva se possuir legitimidade para tanto. Exatamente por isso a palavra legitimidade exprime idéia de transitividade, de caráter relacional, e só existe perante uma dada situação. Assim, só se é legítimo em relação a alguma coisa e/ou alguém, não sendo lícito pensar que a legitimidade seja sinônimo de atributo de alguém e que por isso mesmo exista de per si e acompanhe essa pessoa em qualquer situação³³⁷.

No que concerne à aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação à ilegitimidade de parte, não parece haver dúvidas. Deve, de fato, ser aplicada à nulidade de fundo que decorre da ausência de legitimidade da parte. Por outras palavras, ainda que a parte seja ilegítima, se o conjunto dos atos processuais atingiu a sua finalidade, e não houve prejuízo, deve o magistrado prolatar decisão de mérito.

Um exemplo elucidará a questão. Se "A" promove uma ação de investigação de paternidade em face de "B", afirmando que este é o seu pai, mesmo que o exame pericial demonstre o contrário, não se pode dizer que haja ilegitimidade *ad causam*

³³⁷ RODRIGUES, 2000, p. 187-188.

passiva. Ora, *in casu*, o processo atingiu a sua finalidade, com a respectiva realização de uma série de atos processuais. Por outras palavras: foram realizados atos instrutórios e restou corroborado que o requerido não é pai do requerente.

Não se pode, nesse caso, admitir que seja prolatada uma sentença terminativa, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 267, inc. VI do CPC. Se o processo atingiu o seu fim e se não houve prejuízo para as partes, deve o juiz adentrar o mérito, aplicando o princípio da instrumentalidade substancial das formas e desconsiderando eventual vício de fundo, como a ilegitimidade. Pensar de modo diferente implicaria sobrepor o processo ao direito material, ou seja, o meio ao fim, desvirtuando-se a natureza e a ontologia do instrumento processual.

Registre-se que a adoção das premissas aqui defendidas não implica a extinção das sentenças terminativas por carência da ação devido à falta de legitimidade. Na verdade, essa espécie de provimento é compatível com a instrumentalidade substancial das formas, mas deve quedar reservada para aqueles casos em que o juiz afere, de plano, a ilegitimidade da parte.

Cite-se como exemplo, embora absurdo, mas que elucida a questão, o de determinada pessoa que, contando com trinta e cinco anos de idade, ajuíze ação de investigação de paternidade em face de outra que conta com trinta e seis anos. Ora, nesse caso, indubitavelmente deverá o magistrado, logo no limiar do procedimento, proferir sentença terminativa, extinguindo o feito sem julgamento de mérito por ausência de uma das condições da ação.

Na verdade, a utilização da técnica da instrumentalidade substancial das formas em relação às condições da ação tem por premissa, dentre outras, a admissão da teoria da asserção³³⁸. Segundo essa teoria, a verificação das condições da ação se dá à

³³⁸ A teoria da asserção já vem sendo defendida por um número razoável de autores, dentre eles podem-se citar: José Carlos Barbosa Moreira (apud CÂMARA, 2002, p. 114); WATANABE, 1987, p. 58; SIQUEIRA, 1997, p. 86-87; RODRIGUES, 2000, p. 195; FREIRE, 2001, p. 53; ROCHA, 1991, p. 190-191; BEDAQUE, 2001b, p. 53; e, na doutrina alienígena, pode-se citar Elio Fazzalari (apud CÂMARA, 2002, p. 114). Há também, no entanto, autores que repudiam de forma veemente a teoria da asserção: cf. DINAMARCO, 2002b, p. 316-318; cf. também LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A ação e suas condições no processo civil de cognição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: evolução - 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 206.

luz das afirmações do autor feitas na exordial. O magistrado deve considerar a relação jurídica material hipoteticamente, isto é, *in statu assertionis*; por outras palavras, o magistrado deve considerar as condições da ação diante da situação afirmada pelo autor na petição inicial. Não se deve mesmo adotar a teoria da apresentação³³⁹.

Destaque-se que qualquer dúvida quanto à distinção entre a teoria da asserção (ou prospectação) e a da apresentação pode ser elucidada através do exemplo citado por Siqueira³⁴⁰. Considerem-se duas ações de usucapião de imóvel. Na primeira, o requerente alega ser possuidor, há mais de vinte e cinco anos, de determinada área, mas, durante a instrução, prova que foi possuidor da área por apenas dois anos. Na segunda, pretendendo o mesmo provimento, isto é, declaratório, afirma ser possuidor da área há apenas um ano.

A segunda hipótese culminará na extinção do processo sem julgamento do mérito por carência da ação. Falta, com efeito, interesse processual ou mesmo possibilidade jurídica do pedido, vez que o autor pretende a declaração de reconhecimento da prescrição aquisitiva em hipótese não contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira hipótese, o juiz, verificando ao final que o autor não preenche os requisitos para aquisição, por usucapião, da área, poderá prolatar sentença terminativa ou definitiva, isto é, poderá extinguir o processo sem julgamento de mérito ou com julgamento de mérito. Com efeito, se o magistrado adotar a teoria da apresentação, deverá ele extinguir o feito sem julgamento de mérito por ser o autor carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de possibilidade jurídica do pedido.

Por outro lado, se o magistrado filiar-se à teoria da asserção, o resultado será diverso. Na verdade, deverá prolatar sentença definitiva, extinguindo-se o processo com julgamento de mérito. É que a verificação das condições da ação é feita

³³⁹ A expressão "teoria da apresentação" é utilizada por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 259.

³⁴⁰ SIQUEIRA, 1997, p. 86-87.

hipoteticamente, com base nas afirmações do autor. E, com base nessas afirmações, o autor não pode ser considerado carecedor da ação. Na verdade, a hipótese precitada, pela teoria *in statu assertionis*, é de julgamento de mérito.

De qualquer modo, é oportuno destacar ainda que a aplicação da instrumentalidade substancial das formas à ilegitimidade de parte não se reduz tão-somente à aplicação da teoria da asserção. Mais do que isso, mesmo nos casos em que a parte é ilegítima, desde que o instrumento processual tenha atingido a sua finalidade e não exista prejuízo para as partes, deve o magistrado julgar o mérito. A instrumentalidade substancial das formas permite essa conclusão.

Um exemplo esclarecerá essa última vertente da instrumentalidade substancial das formas em relação à ilegitimidade de parte. Imagine-se uma determinada ação reivindicatória de um imóvel na qual o cônjuge varão tenha sido citado sozinho e o processo prossiga normalmente até o final. Se, ao final do procedimento, o magistrado vislumbrar a possibilidade de julgar improcedente o pedido, por não ter havido prejuízo para a parte e o instrumento processual tiver atingido o seu fim, não deve ele apegar-se mesmo à ilegitimidade ativa da parte, prolatando sentença terminativa³⁴¹. Deve julgar o mérito, valendo-se da instrumentalidade substancial das formas, prolatando provimento definitivo.

Por outras palavras: mesmo havendo um vício de fundo (*in casu*: ilegitimidade ativa, já que a legitimidade para a ação reivindicatória pertence a ambos os cônjuges³⁴²), deve o juiz, desde que o processo tenha atingido o seu fim e inexista prejuízo para

³⁴¹ Esse exemplo, embora analisado por outro espectro, é citado na obra de CRETELLA NETO, 2002, p. 236.

³⁴² O art. 10, § 1º, inc. I, do CPC reza o seguinte: "Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: que versem sobre direitos reais imobiliários". Trata-se de hipótese na qual o litisconsórcio é necessário, devendo ambos os cônjuges serem citados, sob pena de ilegitimidade passiva. Nesse sentido: "[...] O litisconsórcio necessário decorre da natureza da relação jurídica de direito material (que gera a unitariedade), ou de disposição legal expressa. Nessas situações, se exige a presença de todos os litisconsortes, negando-se, por assim dizer, a legitimidade a qualquer deles para demandar ou ser demandado isoladamente" (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 268). No mesmo sentido, embora fazendo menção à ocorrência de ilegitimidade ativa nos casos de litisconsórcio necessário: SANTOS, 1999, p. 7. Há, entretanto, orientação em sentido diverso. De fato, em doutrina, há quem considere que a hipótese citada é de ausência de *legitimatio ad processum*, e não *ad causam*. Cf. WAMBIER, 1998, p. 171.

as partes, aplicar a instrumentalidade substancial das formas, julgando o respectivo mérito.

4.4.2.2.2 *Interesse de agir*

A segunda condição da ação a ser analisada quanto à aplicação da instrumentalidade substancial das formas é o interesse de agir. Segundo Fábio Gomes³⁴³, o interesse de agir³⁴⁴ implica a necessidade e/ou a utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Essa necessidade pressupõe um conflito de interesses, pois sem a lide não haverá lugar para a invocação da tutela jurisdicional.

Em suma, o interesse decorrerá da ameaça ou da violação do direito subjetivo. Liebman³⁴⁵ define o interesse de agir como "a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional". O interesse de agir é também chamado de interesse processual³⁴⁶. O Estado-juiz não pode exercer as suas atividades senão quando esta atuação demonstre-se absolutamente necessária.

Ausente o interesse de agir, segundo entendimento clássico, até mesmo por força do art. 267, IV, do CPC, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. A despeito desse entendimento, contudo, não se vislumbra qualquer objeção quanto à

³⁴³ GOMES, 1999, p. 41.

³⁴⁴ Segundo Barbi (1998, p. 26), a existência de um interesse de agir tem sido objeto de acirradas críticas por parte de alguns autores. Em estudo publicado em 1928, Invrea impugna tanto as concepções antigas como as modernas, relativas àquele interesse. Recusa mesmo a existência, ou exigência do interesse como requisito para agir. Considera a noção de interesse como superfluidade, redundância, pois o interesse seria conexo, necessariamente, com a propositura da demanda.

³⁴⁵ LIEBMAN, 1985, p. 156.

³⁴⁶ Registre-se que, no que concerne à nomenclatura interesse de agir, há orientação na doutrina de ser ela equivocada, *in verbis*: "Parece-nos equivocado e promíscuo, ou seja, desprovido de acepção técnica, o mau uso da expressão 'interesse de agir' para designar tal condição da ação. Isso porque 'agir' pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que 'interesse processual' significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual" (RODRIGUES, 2000, p. 185). A mesma advertência é registrada por NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 629. A despeito de se tratar de questão meramente terminológica, coaduna-se com esse entendimento, até mesmo porque o próprio Código de Processo Civil, no art. 267, IV, faz menção a "interesse processual".

possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas também em relação ao interesse de agir.

De fato, ainda que ausente o interesse processual - o que acarreta uma nulidade de fundo -, se o processo atingiu o seu fim e não existiu prejuízo para as partes, deve ser aplicada a instrumentalidade substancial das formas, reputando-se o processo válido e julgando-se o respectivo mérito.

A premissa para a aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação ao interesse de agir relaciona-se também com a adoção da teoria da asserção. De fato, deve-se reservar as sentenças terminativas para aqueles casos em que o magistrado vislumbra a nulidade de fundo decorrente da falta de interesse processual no limiar do procedimento. Se, somente ao final do rito, o juiz vislumbra a falta de interesse de agir, não existindo prejuízo para as partes e tendo o processo atingido o seu fim, deve prolatar sentença de mérito.

É no campo do interesse processual na sua modalidade adequação do procedimento³⁴⁷, entretanto, que a instrumentalidade substancial das formas tem aplicação mais veemente. É nos casos em que o procedimento, ou seja, o rito processual adotado foi incorreto que há maior possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas.

Um exemplo elucidará a questão: imagine-se que para uma determinada pretensão foi adotado o rito ordinário, quando, na verdade, deveria ser utilizado o procedimento sumário. O juiz, contudo, percebe o equívoco somente quando do momento da prolação da sentença. Eis aí situação propícia à aplicação da instrumentalidade substancial das formas, de modo a evitar qualquer declaração de nulidade de fundo pela ausência de pressuposto processual (interesse-adequação).

³⁴⁷ Em doutrina, o procedimento adequado é considerado por determinado segmento como pressuposto processual, enquanto para outro é uma condição da ação, ou seja, refere-se ao interesse processual na modalidade adequação. Filiam-se à primeira corrente: NUNES, 2003, p. 24; BARROSO, 2003, p. 108. Perfilham o segundo entendimento: NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 629; WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 141; MARINONI; ARENHART, 2001, p. 46-47 dentre outros autores. Adota-se, aqui, essa segunda orientação, considerando-se o procedimento adequado como condição da ação, qual seja, interesse processual adequação.

Na verdade, a utilização do rito ordinário no lugar do sumário não gerou nenhum prejuízo para o réu, que se viu diante de um rito mais elástico e mais propício para a sua defesa. Registre-se que para o autor também não houve prejuízo (aferido quando do momento da prolação da sentença) pela adoção do rito incorreto. É que se fosse declarada a nulidade dos atos processuais, ele teria de se submeter novamente a outro procedimento, mais sucinto - o sumário, para deparar-se com uma solução no plano material que já pode ser concedida.

Ademais, mesmo nesse caso em que o processo tramitou pelo rito incorreto, o instrumento processual terá atingido o seu fim, que é propiciar a apresentação da solução da lide no plano material, exatamente pelo fato de o rito adotado ser mais elástico. Assim, nenhuma nulidade, pelo menos em relação à ausência de interesse-adequação, deve ser acatada. Nesse sentido, pode-se citar julgado do STJ, que abordou a matéria:

Não há nulidade na adoção de um procedimento em vez de outro, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente em se tratando da adoção do ordinário, que é mais do que o sumário³⁴⁸.

Assim, se, a despeito de existir uma nulidade de fundo, verificada pela ausência de interesse-adequação, o conjunto dos atos processuais, ou seja, o instrumento processual tiver atingido o seu fim, sem prejuízo para as partes, haverá azo à aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Por outras palavras: o conjunto dos atos processuais deve ser reputado válido e o mérito da questão deve ser submetido a exame.

Da mesma forma, se adotado o rito sumário em lugar do ordinário, desde que o processo tenha atingido a sua finalidade e inexista prejuízo para as partes, não se deve declarar a sua nulidade (de fundo) pela ausência do pressuposto processual interesse-adequação. Sobre o exposto há importante decisão do STJ, *in verbis*:

No moderno direito processual pátrio, a teoria da nulidade orienta-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se decretando a nulidade sem que tenha havido

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 262669/CE. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. j. 13.9.2000, DJ 16.10.2000, p. 317. MARCATO, 2004, p. 714. Há outros acórdãos do STJ no mesmo sentido, que são citados na obra de NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 317.

prejuízo para a parte, pelo que não se justifica a declaração de nulidade do processo em razão da adoção do rito sumário em lugar do ordinário na hipótese em que não se demonstrou a existência de qualquer prejuízo às partes e em que houve a dilação da instrução probatória de modo a propiciar a ampla defesa³⁴⁹.

4.4.2.2.3 Possibilidade jurídica do pedido

A compreensão da possibilidade jurídica do pedido torna-se mais fácil a partir da consideração daquilo que se chama de dogma da completude do ordenamento jurídico estatal. Esse dogma significa que o ordenamento jurídico estatal é pleno, completo, no sentido de que tem solução positiva ou negativa para todos os conflitos de interesses. Daí por que o juiz deve resolver todos os problemas que lhe forem submetidos à apreciação, recorrendo ao ordenamento jurídico estatal (art. 126 do CPC e 1º da LICC).

Se o juiz está obrigado a aplicar o ordenamento jurídico estatal por força do dogma da completude, e se este ordenamento é um conjunto sistemático de normas que visam à proteção dos interesses considerados fundamentais em uma sociedade, ele só poderá oferecer a prestação jurisdicional do Estado àqueles interesses protegidos pelo ordenamento. A possibilidade jurídica é exatamente essa exigência de que a situação afirmada pelo autor seja, em tese, protegida pelo ordenamento jurídico.

A possibilidade jurídica do pedido, com efeito, consiste na formulação de uma pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica, isto é, que seja albergada pelo ordenamento jurídico, sendo suscetível de conhecimento pelo juiz. Essa condição da ação significa a não vedação, ou a própria previsão, em abstrato, pelo ordenamento jurídico, daquilo que se requer.

Para que alguém possa propor uma ação é indispensável que a pretensão deduzida (*'res in judicio deducta'*) seja albergada pelo direito objetivo ou, não havendo previsão legal, não exista proibição dentro do sistema jurídico adotado³⁵⁰.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 268696/MT. Relator: Ministro Nancy Andrighi. 3ª Turma. j. 3.4.2001, DJ 7.5.2001, p. 139. MARCATO, 2004, p. 714.

³⁵⁰ RIBEIRO, Pedro Barbosa. **Estudos de direito processual civil**. Bauru: Jalovi. 1982. v. 1. p. 211.

Assim, num país que não consagra o divórcio a vínculo, é inadmissível um pedido dessa natureza, vez que seria carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido aquele que ingressasse em juízo pretendendo uma sentença de divórcio. O mesmo se diga do indivíduo que, por exemplo, propuser uma ação pretendendo cobrar dívida oriunda de jogo (art. 814 do CC).

Flávio Luiz Yarshell refere-se, quanto à impossibilidade jurídica do pedido, às formas de controle jurisdicional dos atos da Administração, pelos limites decorrentes da impossibilidade de censura do mérito (do ato administrativo), à impossibilidade da execução por expropriação contra a Fazenda, assim como à impossibilidade de prisão por dívida³⁵¹.

A possibilidade jurídica³⁵² consiste em uma avaliação preliminar que o juiz deve fazer sobre a viabilidade, em tese, da situação afirmada no processo pelo autor à luz do ordenamento jurídico estatal. Por conseguinte, se a situação afirmada pelo autor não é protegida pelo ordenamento jurídico, o juiz deverá encerrar o processo imediatamente, extinguindo-o sem pronunciamento sobre o mérito.

Há quem defenda que a possibilidade jurídica³⁵³ do pedido não é requisito prévio para exame do mérito, mas, sim, que integra este. Na verdade, ao considerar um pedido como juridicamente possível ou não, o juiz estará proferindo, no mérito, um julgamento favorável ou não ao autor. Com efeito, dizer que um pedido é juridicamente possível representa, em última análise, o mesmo que dizer que o pedido pode ser procedente.

³⁵¹ FREIRE, 2001, p. 110.

³⁵² A designação dessa condição da ação, possibilidade jurídica do pedido, parece não ser a mais apropriada. Essa nomenclatura liga o presente requisito do provimento de mérito a apenas um dos elementos da ação, o pedido. Restaria, pois, o problema da causa de pedir, outro elemento da ação. Pense-se, por exemplo, numa demanda em que se pede a condenação do réu ao pagamento de dívida de jogo. O pedido formulado pelo autor, de condenação do réu ao pagamento de certa quantia em dinheiro, é perfeitamente possível em nosso ordenamento. A vedação à cobrança das dívidas oriundas de jogo ou aposta é problema que não diz respeito ao pedido, mas à *causa petendi*. Assim, resta evidente a impropriedade da nomenclatura adotada, possibilidade jurídica do "pedido". Há orientação na doutrina que, para solucionar o estorvo, amplia o conceito desta condição da ação, afirmando que ela alcança também a causa de pedir. Por outras palavras, significa dizer que não apenas o objeto (pedido), mas também o seu fundamento devem ser juridicamente possíveis, sob pena de carência da ação. Fala-se, então, em possibilidade jurídica da demanda. Essa é a orientação de DINAMARCO apud CÂMARA, 2002, p. 112-113. Sobre o exposto, cf. SIQUEIRA, 1997, p. 75; RODRIGUES, 2000, p. 184.

³⁵³ Esse entendimento, por exemplo, é adotado por GOMES, 1999, p. 61.

A doutrina, já há algum tempo, criticava a inserção da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Segundo Fábio Gomes³⁵⁴, no que concerne à possibilidade jurídica do pedido, a lição de Calmon de Passos é insuperável. Demonstra ele que não há qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto, citando como exemplo uma ação de usucapião em que o autor declinasse, na inicial, estar na posse de determinado imóvel há quatro anos, com *animus domini*, requerendo a final que o juiz o declarasse proprietário.

De acordo com o CPC, o autor dessa ação de usucapião seria julgado carecedor, ante a ausência de previsão legal em nosso ordenamento jurídico para o atendimento do pedido. Não haveria, portanto, um pronunciamento sobre o mérito. Se, porém, este mesmo autor houvesse ingressado com a ação alegando estar na posse da precitada área há mais de vinte anos, estaria presente a referida condição da ação, ainda que durante a instrução do feito viesse a quedar provada uma posse de somente quatro anos.

A impossibilidade jurídica, bem examinada, é um problema de não incidência, por conseguinte, um problema de mérito, de acolhimento ou rejeição da *res judicio deducta*, indevidamente erigido em condição da ação, por se tratar de uma forma de improcedência *prima facie*³⁵⁵.

Da mesma forma, Armelin³⁵⁶ entende que a possibilidade jurídica do pedido integra o mérito. Na verdade, dizer que um pedido não se subsume às normas do ordenamento jurídico em vigor, porque existe vedação expressa, consiste no mesmo que se considerar que um pedido não pode ser acolhido porque não provou o autor o suporte fático que lhe dá embasamento³⁵⁷.

³⁵⁴ GOMES, 1999, p. 66.

³⁵⁵ PASSOS apud FREIRE, 2001, p. 110.

³⁵⁶ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 53.

³⁵⁷ O próprio Liebman, a partir da terceira edição do seu *Manuale*, retirou do rol das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. Tendo entrado em vigor na Itália a Lei n.º 898, de 1/12/70, que instituiu o divórcio, Liebman se sentiu desencorajado em manter a possibilidade jurídica do pedido dentre as condições da ação. Na verdade, o divórcio era o seu principal exemplo de impossibilidade jurídica. Dinamarco, em nota de rodapé na tradução da obra de Liebman (1985, p. 161), tece o seguinte comentário: "[...] e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando

De qualquer sorte, embora seja essa a orientação da doutrina moderna, deve-se ressaltar que essa posição não foi a adotada pelo CPC. O direito positivo brasileiro considera a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação, requisito de admissibilidade para exame do mérito. É o que se deduz do art. 267, VI, do precitado *codex*.

Eis aí fértil campo para aplicação da instrumentalidade substancial das formas. Na verdade, por esse princípio preconiza-se que, se o instrumento processual atingiu o seu fim, embora realizado de outra forma (ou seja, ainda que presente uma nulidade de fundo), desde que não exista prejuízo para as partes, deve ser julgado pelo mérito.

Nos casos de ausência de possibilidade jurídica, se o juiz verificar essa carência somente ao final do procedimento, como não há prejuízo para as partes e como o instrumento processual atingiu o seu desfecho, não deve extinguir o processo sem julgamento do mérito. Pode, de fato, aplicar o princípio da instrumentalidade substancial das formas, solucionando o mérito da questão que fora submetida à sua apreciação.

Assim, é perfeitamente possível que seja aplicada a instrumentalidade substancial das formas em relação à nulidade de fundo decorrente da impossibilidade jurídica do pedido. De qualquer modo, sendo aferida a ausência de possibilidade jurídica do pedido, no limiar do procedimento, deve o magistrado prolatar sentença terminativa. A aplicação da instrumentalidade substancial deve ficar reservada para aqueles casos em que o processo atingiu o seu desfecho, embora presente uma nulidade de fundo, sem que tenha ocorrido prejuízo para as partes.

legislativamente a teoria de LIEBMAN, com as suas três condições, surgia também um novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas".

Nota-se que a aplicação da instrumentalidade substancial das formas em relação à impossibilidade jurídica do pedido é bastante simples e clara. Isso decorre do fato de que essa condição da ação está, como visto, intimamente relacionada ao direito material, ou seja, ao mérito da questão. Essa proximidade simplifica a aplicação do citado cânone, que tem exatamente a finalidade de propiciar julgamentos de mérito, aproveitando-se, ao máximo, os atos processuais.

4.5 INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Após ser aduzida a instrumentalidade substancial das formas, assim como a sua respectiva forma de aplicação, faz-se necessário, nesse momento, correlacionar esse princípio com um outro princípio importante, inclusive com assento constitucional (art. 5º, inc. LIV), que é o do devido processo legal³⁵⁸.

Na verdade, o redimensionamento do princípio da instrumentalidade das formas, com a sua respectiva horizontalização (aplicação às nulidades de fundo), implica na necessidade de flexibilização de algumas regras do procedimento, o que poderia, em princípio, conduzir à conclusão de que haveria ofensa ao devido processo legal.

4.5.1 Devido processo legal como expressão do formalismo

O princípio do devido processo legal constitui a maior expressão do formalismo processual, se considerado de forma isolada no sistema processual. Como lembra Oliveira³⁵⁹, "no fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual [...]".

³⁵⁸ Ressalta Nery Junior (1999, p. 31) que o primeiro diploma legal que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Carta de João Sem Terra, no ano de 1215, quando se referiu à *law of the land*. No mesmo sentido: cf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23; MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 123.

³⁵⁹ OLIVEIRA, 1997, p. 86.

De fato, o apego irrestrito às regras do procedimento, mediante observância incondicionada e cega do devido processo legal, sem que se leve em conta o próprio fim do processo, ou seja, o seu escopo - que é proporcionar a solução do conflito no plano do direito material - conduz à sobreposição da forma à essência. Por outras palavras: valorizando-se de modo demasiado as regras do procedimento, sem se considerar a própria ontologia do instrumento processual, acaba-se por realizar uma verdadeira sobreposição do meio ao fim.

4.5.2 A aparente incompatibilidade entre o princípio do devido processo legal e o da instrumentalidade substancial das formas

Tendo em vista que o princípio do devido processo legal valoriza as formas do procedimento e que o princípio da instrumentalidade substancial das formas, de certo modo, as redimensiona, em princípio, haveria uma certa incompatibilidade entre os dois postulados. Ora, se por uma regra valoriza-se o rito, a forma de desenvolvimento dos atos processuais e, pela outra, flexibiliza-se essa disposição, é possível notar-se, nesse encontro de normas, uma contradição de valores.

Essa contradição, no entanto, é apenas aparente. Na verdade, o conteúdo do princípio do devido processo legal não o cinge à obediência irrestrita do procedimento e das formas processuais³⁶⁰. De fato, o conteúdo de maior relevo do princípio do devido processo legal relaciona-se aos fins que as formas devem propiciar. Por outras palavras: o devido processo legal valoriza as formas no que concerne à realização das suas finalidades.

E a finalidade precípua da forma é assegurar a inexistência de prejuízo para as partes, o que ocorre nos casos de violação do contraditório e da ampla defesa. Limita-se, assim, com o devido processo legal, a atividade do magistrado, que deverá observar as regras do procedimento, de modo a assegurar às partes a participação efetiva em contraditório.

³⁶⁰ Ressalta Bedaque (2003, p. 71) que "ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *équico, correto, giusto*".

Nisso reside o principal valor assegurado pelo devido processo legal. Como lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁶¹, "o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa". Na verdade, o devido processo legal deve ser analisado balizando-se os seus limites: nem o informalismo excessivo e nem o excesso de formalismo. De fato:

o informalismo excessivo (em que as partes perigam soçobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo - o direito material e a justiça - corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus extremos³⁶².

Diante desse prisma, não se vislumbra qualquer contradição entre os valores assegurados pelo princípio do devido processo legal e os do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Assim, a incompatibilidade entre o devido processo legal e o princípio da instrumentalidade substancial das formas é apenas aparente.

Não há, com efeito, nenhuma contradição entre esses postulados. Ao revés, eles se complementam e possibilitam que o processo atinja mais facilmente o seu desfecho. A garantia constitucional do devido processo legal deve ser entendida na sua exata dimensão, isto é, em sintonia com o caráter teleológico das formas.

³⁶¹ OLIVEIRA, 1997, p. 86.

³⁶² Ibidem, loc. cit.

5 CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo principal analisar a possibilidade de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades processuais de fundo, ou seja, aos processos nos quais há carência de ação, ou presença de pressuposto processual negativo, ou mesmo ausência de pressuposto processual positivo. Procurou-se cunhar o princípio da instrumentalidade substancial das formas a partir de uma horizontalização do princípio da instrumentalidade das formas, que relativiza as nulidades dos atos processuais.

Para tanto, abordou-se, num primeiro momento, a evolução dogmática do direito processual. Na primeira fase, a sincrética, considerou-se o processo como mero apêndice do direito material; na segunda, a científica ou conceitual, os estudos sobre o direito processual voltaram-se para os seus institutos fundamentais, havendo extraordinário desenvolvimento científico. Esse desenvolvimento, contudo, embora tenha produzido benefícios, conduziu o pensamento dos doutrinadores aos extremos, apartando-se o direito processual até mesmo dos seus próprios fins. O processo passou a ser estudado por si só.

Daí, então, o advento da terceira fase, a instrumental. Nessa fase, a qual estamos trespassando, procura-se estudar o processo a partir da sua exata missão: ser um instrumento para atingir-se um fim. Trata-se da concepção de instrumentalidade negativa, que deve ser completada pela sua vertente positiva: mais do que meio, o processo deve proporcionar o acesso à ordem jurídica justa.

Nesse diapasão, foram abordadas as perspectivas e diretrizes contemporâneas do direito processual. A necessidade de se lograr o escopo jurídico da atividade jurisdicional - que é a atuação, a realização do direito material -, foi apresentada como uma diretriz, destacando-se, ainda, que os escopos social e político da jurisdição já estão inclusos naquele mister.

A outra perspectiva e a outra diretriz contemporânea do direito processual está consubstanciada na relativização do binômio direito e processo. É necessário que

jamais se afaste a idéia de que o processo é meio para realizar-se um fim - o direito material. Nesse contexto, a necessidade de efetiva aproximação dos dois planos do ordenamento jurídico foi enfocada, de modo a propiciar a realização da tutela jurisdicional.

Num segundo momento, procurou-se tratar da tutela jurisdicional e da técnica processual. A necessidade de conceituar a tutela jurisdicional foi ressaltada como uma importante forma de obtenção de resultados no processo. Com efeito, o que se pretende com o instrumento judicial é obter-se exatamente a tutela jurisdicional. Daí a necessidade e a importância de se delimitar o seu conceito nos dias atuais. De fato, é a partir da compreensão e delimitação desse conceito que será possível definir os meios para que se possa alcançá-la.

A tutela jurisdicional, para fins deste estudo, foi conceituada no plano do direito material, seguindo-se prestigiosa orientação doutrinária. Por outras palavras: só há concessão da tutela jurisdicional para a parte quando o Estado-juiz lhe apresenta uma solução da lide, ou seja, uma definição para o conflito de interesses caracterizado pela pretensão resistida, situada no plano do direito material.

Ressaltou-se, ainda, que, quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, não se presta a tutela jurisdicional; presta-se, apenas, a atividade jurisdicional. Essa definição atende aos anseios do jurisdicionado, que busca a atividade jurisdicional esperando uma solução definitiva, situada no plano do direito material, para o seu conflito. Essa definição, inclusive, também se coaduna com as perspectivas e as diretrizes contemporâneas do direito processual, que foram abordadas em momento anterior.

Para se obter a tutela jurisdicional, o estudo da técnica processual foi necessário. Na verdade, essa é uma relação de meio e fim: para se obter o fim - a tutela jurisdicional - é necessário valer-se de meios técnicos no direito processual. A técnica processual, espécie de técnica jurídica, foi estudada sob os seus três prismas: técnica de elaboração, de conhecimento e de interpretação.

Apontou-se a possibilidade de efetivar a tutela jurisdicional a partir da técnica processual, sobretudo a de interpretação. Nesse contexto, a crise a qual trespassa o Poder Judiciário pode ser, em parte, solucionada mediante a técnica processual de interpretação, com a busca de soluções exegéticas dentro do próprio sistema processual.

Não cabe mesmo ao processualista alinhado às perspectivas e às diretrizes da sua ciência apenas apontar entraves de ordem normativa. É necessário também que ele alvitre soluções dentro do próprio sistema, mediante a utilização da técnica processual, de modo a proporcionar a efetivação da finalidade do sistema processual, que é a concessão da tutela jurisdicional.

Nesse passo, a instrumentalidade substancial das formas foi aduzida como um meio de solucionar, ao menos em parte, o problema da concessão da tutela jurisdicional. Por outras palavras: a instrumentalidade substancial das formas foi apresentada como um meio facilitador da aplicação do direito material no plano do processo, de modo a aproximar o este àquele.

Uma incursão na teoria geral das nulidades, entretanto, fez-se necessária para que a própria essência dessa disciplina fosse compreendida, de modo a propiciar fácil assimilação da extensão das regras que relativizam os defeitos dos atos processuais.

As tipologias das nulidades, então, foram aduzidas, tanto a clássica, defendida por Galeno Lacerda, como a simplificada, que vem sendo defendida por autores mais recentes. Analisaram-se, ainda, essas classificações, concluindo-se que, a despeito da relevância para fins de tipificação, ambas as classificações merecem aprimoramento por parte da doutrina no que concerne à possibilidade de convalidação dos atos processuais.

Ato contínuo, foram analisados os princípios que regem as nulidades processuais, concedendo-se especial enfoque para o princípio da instrumentalidade das formas. Na verdade, procurou-se destacar que as regras do Código de Processo Civil que relativizam as nulidades processuais são as mais relevantes do sistema, havendo,

inclusive, quem as considere como integrantes de uma espécie de "sobredireito processual". Ou seja, essas regras relativizadoras das nulidades processuais podem ser consideradas como situadas em patamares mais elevados do que as demais normas processuais.

Nesse contexto é que se procurou inserir o princípio da instrumentalidade das formas, norma atenuadora das nulidades processuais por excelência. A sua carga axiológica é altíssima, podendo-se mesmo considerar tratar-se de um princípio dos princípios. Não foi por outra razão que em Congresso Mundial de Direito Processual, considerou-se essa norma como "a mais bela de todo o direito processual".

Dada a relevância dessa norma no ordenamento processual, procurou-se repensar a extensão do seu conteúdo, vez que, pela concepção clássica, o princípio da instrumentalidade das formas deve ser aplicado apenas às nulidades relativas e às anulabilidades. Alguns autores apontam, ainda, a possibilidade de aplicação desse princípio às nulidades absolutas.

De qualquer modo, pretendeu-se repensar o princípio da instrumentalidade das formas de modo a aplicá-lo também às nulidades de fundo (ausência de pressupostos processuais e de condições da ação). E vários motivos foram apresentados para justificar essa extensão.

Com efeito, trata-se de solução endoprocessual para a efetivação da tutela jurisdicional; além disso, esse redimensionamento é consentâneo com as diretrizes e as perspectivas contemporâneas do direito processual; também, devem-se sempre maximizar o sentido e o alcance das regras que relativizam as nulidades processuais, por serem normas de "sobredireito processual"; e, por fim, trata-se de uma forma de operacionalização do processo sem antepô-lo à justiça.

O conteúdo, em sentido estrito, da instrumentalidade substancial das formas foi, então, apresentado. Trata-se de um princípio cunhado a partir da horizontalização de outro princípio: o da instrumentalidade das formas, previsto no art. 244 do CPC. Essa extensão refere-se à possibilidade de aplicação do princípio da

instrumentalidade das formas aos processos nos quais há ausência de pressupostos processuais e condições da ação.

Por outras palavras: mesmo que exista uma nulidade de fundo, por ausência de pressuposto processual ou de condição da ação, se o processo atingiu o seu fim e não houve prejuízo para as partes, o instrumento processual deve ser considerado como válido, e o mérito da questão submetida à apreciação do Poder Judiciário deve ser analisado. Trata-se, pois, de uma forma facilitadora da concessão da tutela jurisdicional.

Enfatizou-se, outrossim, que, no que concerne à aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas, é de fundamental relevo o binômio prejuízo x finalidade. Eis aí os parâmetros para sua aplicação. Se presente uma nulidade de fundo e se houver prejuízo para as partes ou mesmo o processo não tiver atingido a sua finalidade, não haverá ensejo para a aplicação do princípio em estudo.

Assim, nos casos em que existirem nulidades de fundo e vier a existir também prejuízo para as partes, esse princípio deve ter a sua aplicação afastada. Por isso não é ele incompatível com o sistema processual no que tange à possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito, através da prolação de sentenças terminativas.

Procurou-se, em seguida, mencionar casos de aplicação do princípio da instrumentalidade substancial em relação aos pressupostos processuais e às condições da ação, citando-se vários exemplos. Todos conduzem à necessidade de reflexão sobre as formalidades processuais e à própria ontologia e finalidade do instrumento judicial.

Uma breve incursão no princípio constitucional do devido processo legal precisou ser realizada para que se evitasse qualquer conclusão no sentido de que a instrumentalidade substancial das formas pode vir a violar o citado cânone. Deixou-se claro que o devido processo legal, previsto no texto constitucional, não tutela um processo ou um procedimento formal por si só. De fato, tutelam-se as formas

enquanto meios de se atingirem fins, como o de assegurar às partes o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, não há qualquer incompatibilidade entre um e outro princípio. Ao revés, eles se complementam.

Não se pretendeu, com esta dissertação, inovar o pensamento científico. Isso seria demasiado pretensioso para os limites deste estudo e também para as nossas limitações. De qualquer modo, teve-se o intento de, em última análise, observar a necessidade de rever alguns institutos processuais à luz da perspectiva instrumental, tão enfatizada pela moderna ciência do processo. Ou seja, revistou-se o próprio princípio da instrumentalidade das formas à luz das diretrizes contemporâneas da ciência processual.

Tem-se o conhecimento de que as idéias aqui defendidas são arrojadas, ousadas, talvez um pouco avançadas para seu tempo e para alguns cultores do direito processual. Quiçá sejam elas mal recepcionadas e consideradas absurdas por alguns, os quais certamente, por uma espécie de anteparo epistemológico - que muitas vezes não é perceptível -, consideram que o processo está situado num altiplano, apartado do seu fim. Olvidam-se eles, contudo, de que a razão de ser do instrumento judicial está no direito material.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar que o jurista e o operador do direito devem propiciar a constante manutenção dos valores científicos e sociais do ordenamento jurídico. Não podem, apenas, inclinar-se à letra fria da lei ou aos paradigmas teóricos dominantes, deixando de otimizar a sua atividade. Se a instrumentalidade substancial das formas justifica-se à luz das perspectivas e das diretrizes contemporâneas do direito processual, deve ser ela adotada.

Forçoso convir a árdua tarefa para implantação da instrumentalidade substancial das formas entre os operadores do direito. A cultura jurídica dos pretórios tem sido, muitas vezes, conservadora e cautelosa quanto às inovações. Nesse contexto, o alento ao estudioso da matéria, assim como ao jurista, é o tempo, já que qualquer

quebra de paradigma, como lembra Boaventura de Souza Santos³⁶³, pode levar muitos anos.

³⁶³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1. p. 167.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1974. t. 2. 694 p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1. 699 p.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1. 780 p.

ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. 476 p.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ATTARDI, Aldo. **Diritto processuale civile**. Milani: CEDAM, 1995. v. 1. 528 p.

BAPTISTA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luis. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 346 p.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil: arts. 1º ao 153**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. 528 p.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. **Teoría del proceso**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002. 297 p.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Manole, 2003. 582 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. 142 p.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 31-39, 1990.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b. 175 p.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. 430 p.

BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado**: seus poderes e deveres. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 475 p.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. 184 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. 323 p.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. v. 1. 349 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. v. 2. 377 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002. v. 1. 463 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. 168 p.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. 612 p.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 480 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In: Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giufrè, 1993. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2002. v. 3. 408 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2002. v. 2. 472 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 1998. v. 1. 519 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.

COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **Lições de teoria geral do processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1999. 189 p.

COSTA, José Rubens. **Tratado de processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 1318 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002. 424 p.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 374 p.

DEEBEIS, Toufic Daher. **Processo civil de conhecimento e procedimentos**. São Paulo: LEUD, 1998. 474 p.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile: lezioni introduttive**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1989. 221 p.

DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 25, n. 97, p. 213-225, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003a. 413 p.

_____. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a. 299 p.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001a. t. 2. 1489 p.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001b. t. 1. 695 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003b. v. 1. 708 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002b. v. 2. 682 p.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reformas do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1-17.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A segunda etapa da reforma do código de processo civil e suas premissas hermenêuticas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-23

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 535 p.

ENRIQUE PALACIO, Lino. **Manual de derecho procesal civil**. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 981 p.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974. t. 2. 344 p.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. 739 p.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 1996. 245 p.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 206 p.

FRIEDE, Reis. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 154 a 281. São Paulo: Forense Universitária, 1997. v. 3. 1592 p.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento, cautelar e execução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 1404 p.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Copola editora, 1999. 110 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller editora e distribuidora, 2003. t. 1. 499 p.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 115 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. 141 p.

_____. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE editora, 2001. 219 p.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 2. 442 p.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003a. v. 1. 260 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual (de acordo com a Constituição de 1988)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 451 p.

_____. **O processo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. 510 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 17. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 476 p.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 431 p.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 295 p.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. 201 p.

_____. O código e o formalismo processual. **Revista da associação de juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano X, n. 28, p. 7-14, 1983.

LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 7. ed. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1987. 378 p.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A ação e suas condições no processo civil de cognição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: evolução** - 20

anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 145-165.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. 227 p.

_____. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. 319 p.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Processo de conhecimento e processo de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 380 p.

LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè editore, 1997. v. 1. 435 p.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis**: sua subsistência no direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000. 81 p.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. 2742 p.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. 350 p.

MARINONI, Luis Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 261 p.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. 93 p.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1998. 475 p.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 736 p.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. atual. e ampl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium editora, 2000. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium editora, 2000. v. 2. 506 p.

_____. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millenium editora, 1998. v. 1. 615 p.

MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. **Invalidades no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). Elementos para uma nova teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 263-278.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 426 p.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 189 p.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 261 p.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 468 p.

MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Tradução de Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1970. v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 154 a 281. 2. ed. São Paulo: Forense, 1974. t. 3. 550 p.

_____. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In:_____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95-104.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In:_____. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In:_____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-13.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In:_____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29-40.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 181-190, 2002.

_____. Sobre pressupostos processuais. In:_____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-93.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2103 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 245 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1855 p.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 576 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. 260 p.

PASSOS, Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002. 308 p.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 168 p.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado: arts. 1º a 269**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. 1354 p.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 722 p.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do

advogado editora, 1999. 308 p.

PRATA, Edson. **Jurisdição voluntária**. São Paulo: LEUD, 1979.

_____. **Processo de conhecimento**. São Paulo: LEUD, 1989. v. 2. 1165 p.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. 326 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. 393 p.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. **Estudos de direito processual civil**. Bauru: Jalovi. 1982. v. 1. 286 p.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. 420 p.

_____. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. 453 p.

RÚA, Fernando de la. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991. 238 p.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e a sua resolução**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 249 p.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991. 477 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1. 415 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. rev. atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. 377 p.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. 519 p.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 497 p.

SOARES, Roberto Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros, 2000. 221 p.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. **Revista de processo**, São Paulo, ano 16, n. 63, p. 64-87, 1991.

TARZIA, Giuseppe. **Problemi del processo civile di cognizione**. Milano: CEDAM, 1989. 609 p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. 1075 p.

_____. **Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Efetividade do processo e reforma processual. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil**: evolução - 20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 229-243.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2003. v. 1. 674 p

_____. **Direito e processo:** direito processual civil ao vivo (aprimoramento e modernização do direito processual). Rio de Janeiro: AIDE, 1997. 331 p.

_____. **O novo processo civil brasileiro no limiar do novo século.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 332 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 304 p.

_____. **Tempo e processo:** uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 168 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 254 p.

TUCCI, Rogério Lauria. **Temas e problemas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1983. 419 p.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 197 p.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. 799 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 425 p.

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

Tribunais, 1987. 136 p.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no direito**. 5. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 357 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993. 163 p.

_____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. 202 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. 227 p.