

O INSTRUMENTALISMO E A PERSPECTIVA DE UM PROCESSO SOCIALMENTE ADEQUADO¹

Claudio Madureira² e Francisco Vieira Lima Neto³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sobre a teoria da instrumentalidade do processo. 1.1. Antecedentes históricos: fases sincrética e autonomista. 1.2. Nova abordagem da teoria do processo: jurisdição como elemento central. 2. A fase instrumentalista e a perspectiva de um processo socialmente adequado. 2.1. A influência da Constituição no processo: o acesso à justiça e o devido processo legal como parâmetros à realização de uma tutela jurisdicional efetiva. 2.2. Técnicas de que poderá se valer o interprete para a construção de um processo socialmente adequado. Conclusões.

INTRODUÇÃO.

Passadas duas décadas da publicação de “*A instrumentalidade do processo*”, de Cândido Rangel Dinamarco, ainda hoje discutimos os reflexos e as conseqüências das orientações metodológicas colhidas dessa obra fundamental ao desenvolvimento do direito processual brasileiro.

A perspectiva metodológica instrumentalista, concebida na esteira da identificação dos *escopos sociais e políticos* do processo, inaugura (ou, quando menos, renova) a preocupação teórica com os seus resultados, com a sua capacidade não apenas de propiciar aos litigantes a atuação concreta do direito material (*escopo jurídico*), mas, também, de servir de *instrumento* de pacificação social (*escopo social*) e garantidor da participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (*escopo político*). Em tal conjuntura, o processo passou a ser encarado não mais como simples *elo de ligação* (*interface*) entre o direito abstrato desatendido e o direito concreto (subjetivo) realizado, assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional *adequada*, no sentido da realização (ou da busca da realização) do ideal de *justiça*.

Com efeito, presenciamos uma verdadeira revolução no estudo do direito processual, ainda em pleno curso. Dia após dia a *concepção autonomista* sob o manto da qual foram

¹ Artigo originalmente publicado nos Cadernos de Direito Processual (MADUREIRA, Claudio Penedo; LIMA NETO, Francisco Vieira. O instrumentalismo e a perspectiva de um processo socialmente adequado. *Cadernos de Direito Processual*, v. 2, p. 169-192, 2008).

² Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela UFES. Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

³ Doutor em Direito pela USP. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da UFES. Procurador Federal.

concebidos e desenvolvidos os institutos clássicos do processo é colocada em *xequê*, justamente por haver se tornado inábil a responder às novas exigências, de cunho social e político, impostas ao exercício da função jurisdicional. O que a sociedade aspira é a construção de um *processo adequado* à realização dos direitos, de um processo apto a produzir um *resultado justo*, e não *qualquer resultado*. E disso decorre inevitavelmente a necessidade de rediscutir a *conformação* e o *espectro da incidência* de cada um desses institutos processuais. Enfim, vivemos um *momento* de reflexão, que se singulariza pela reaproximação entre os direitos processual e material.

Este breve e despretensioso artigo tem por objetivos analisar os reflexos da concepção *instrumentalista* sobre o *momento atual* da dogmática processual, e, partindo de seus condicionantes históricos e científicos, identificar e problematizar as técnicas de que tem se valido os juristas para realizar o ideal de *justiça* no curso do processo, que parecem indicar um caminho seguro para a construção de um *processo socialmente adequado*. O tema proposto é relevante por permitir a abordagem científica da interação entre *efetividade* e *segurança jurídica*, entre os *direitos fundamentais* do cidadão ao amplo *acesso à justiça* e ao *devido processo legal*, enfim, entre *direito* e *processo*.

1. SOBRE A TEORIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.

Antes de adentrarmos ao tema que será abordado neste tópico, devemos consignar, por questão de *justiça*, que a idéia de *instrumentalidade do processo* não surge com a obra de Cândido Rangel Dinamarco. Estevão Mallet, no seu "*A antecipação de tutela no processo do trabalho*", observa que em 1950⁴, no Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado em Florença, na Itália, Piero Calamandrei já ressaltava o surgimento da moderna doutrina do *instrumentalismo*, cujo escopo primordial é o de tornar efetiva e concreta a tutela legal dos direitos, com a ampliação das vias de acesso ao Judiciário, a eliminação dos obstáculos econômicos ao ajuizamento de ações e, principalmente, a efetividade da tutela jurisdicional⁵. Sob tal perspectiva, também merece ser identificado como marco teórico fundamental à construção da perspectiva *instrumentalista* a obra "*Acesso à Justiça*", de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, publicada originariamente em 1978⁶ e editada, entre nós, pela primeira vez, no ano de

⁴ Portanto três décadas antes da publicação da primeira edição de "*A instrumentalidade do processo*".

⁵ MALLET, Estevão. *A antecipação de tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 10.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acess to justice: The worldwide movement to make effective. A general report*. Milan: Giuffrè, 1978.

1988⁷, por Sérgio Antônio Frabis Editor, com tradução da Dra. Ellen Gracie Northfleet, atual Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal. A garantia do *acesso à justiça*, descortinada com maestria nessa célebre obra em que são apresentadas soluções práticas (“ondas”) para derrubar as chamadas “*barreiras ao acesso à justiça*”, é destacada por Dinamarco⁸ e por tantos outros doutrinadores⁹ como um dos pilares *instrumentalismo*. Enfim, a noção de que o processo deve ser encarado enquanto *instrumento* de realização de direitos não surge com Dinamarco, mas, na realidade, resulta de um *processo histórico*¹⁰. Em verdade, ainda hoje vivemos esse *processo histórico*, no curso do qual se desenvolvem, sob premissas *instrumentalistas*, os contornos de um novo *instrumento*, ou de um *instrumento renovado*, adequado à realização, no processo, não apenas dos *direitos* deduzidos em Juízo, mas, também, do ideal de *justiça*.

1.1. Antecedentes históricos: fases sincrética e autonomista.

Cândido Rangel Dinamarco divide a história do processo em três *fases*: *sincrética*, *autonomista* e *instrumentalista*¹¹. Daniel Francisco Mitidiero sugere divisão similar, também propondo a partição da evolução do processo em três *momentos*: o *praxismo*

⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 303-304.

⁹ Nesse sentido Arruda Alvin (ALVIN, Arruda. *Manual de direito processual civil - Volume 1 - Parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66-67), Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie Souza. *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>, acesso em 20/07/2007), Daniel Francisco Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38-39), Eduardo Campi (CAMPI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo*. In: FUX, Luiz & NERY JR., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 674) e Gustavo de Medeiros Melo (MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz & NERY JR., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 690). Também identificaram o *acesso à justiça* com a teoria *instrumentalista* os insígnies professores Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 08-09), Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ações coletivas e tutela antecipada no Direito Processual do Trabalho*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1967>, acesso em 20/07/2007) e Margareth Vedis Zanganelli (ZANGANELLI, Margareth Vedis & COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. *Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo*. In: *Cadernos de Direito Processual – Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo – ano 1 – número 1 – Agosto/dezembro 2006*. Vitória: UFES, 2006. p. 07 e 11), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, a última em artigo publicado conjuntamente com a mestrandia Lorena de Mello Rezende Colnago.

¹⁰ O próprio professor Dinamarco assim o reconheceu ao referir-se, em sua obra, à atuação dos contêdores no sentido de “abrir o sistema aos influxos constitucionalistas e às preocupações de ordem social e as de caráter eminentemente político” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 268).

¹¹ Id., Ibid., p. 22.

(pré-história processual), o *processualismo* (modernidade processual) e o *formalismo-valorativo* (contemporaneidade processual)¹². Nesse tópico nos dedicaremos a investigar coincidência entre as *fases metodológicas* identificadas por Dinamarco e Mitidiero, buscando pontuar, a partir delas, as *condicionantes científicas* da evolução do processo, desde as suas origens romanas até a *fase instrumentalista*.

Predominava na *fase sincrética* a noção de que o *processo* era simples meio de exercício de direitos (direito adjetivo), e de que a *ação* seria apenas um dos aspectos do direito subjetivo material violado, o qual, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em Juízo a reparação da lesão sofrida¹³. Enfim, na fase sincrética, para nos valermos da singular alegoria construída pelo professor Marcelo Abelha Rodrigues, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, a *ação* corresponderia ao “*direito material em pé de guerra*”¹⁴. Mitidiero, de seu turno, identifica o *praxismo* com a postura metodológica sincrética que marcou “o *processo civil romano* [...] e o *processo civil comum*”, de “*caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo*”¹⁵.

Sobre a fase seguinte (dita autonomista), José Roberto dos Santos Bedaque assevera que, em meados do século XX, sobretudo a partir da polêmica entre Windsheid e Muther, “*passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado*”, nascendo, assim, “o *conceito moderno de ação*”¹⁶. Dinamarco assevera que foi nessa fase que “*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 oferece*”¹⁷. De seu turno, Mitidiero coliga esse momento histórico com o “*movimento cultural próprio da Idade Moderna*” cujo “*principal intento fora a tecnicização do direito e despolitização de seus operadores*”¹⁸, para identificar como características marcantes dessa *fase autonomista* a aspiração dos processualistas, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica, à construção de um instrumento

¹² MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 17-21.

¹³ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.

¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2000. p. 178.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p.17.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 19.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 18-19.

puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional, à eliminação da disciplina processual de todo e qualquer resíduo de direito material e à retirada do problema da *justiça* do plano do processo, em prol da aplicação da racionalidade jurídica e técnica, colocando-se em seu lugar o problema da norma jurídica¹⁹.

Ocorre que semelhante *postura autonomista*, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a solução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir *justiça*, como disseram Cintra, Grinover e Dinamarco²⁰. A propósito, nos recobra o professor Arruda Alvin que, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, “tanto na Europa, quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificaram-se pressões sociais pela ‘reivindicação’ de ‘novos’ direitos e, bem assim, detectou-se - talvez com perplexidade inicial, ao menos - a insuficiência dos instrumentos processuais existentes, de caráter estruturadamente individualista”²¹. Eis, então, a premissa que orientou o declínio da *fase autonomista*: a inauguração da preocupação dos operadores do direito com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar o ideal de *justiça*. E, sob tal perspectiva, o processo passou a ser analisado sobre um ponto de vista externo (e não mais sob o ponto de vista introspectivo que marcou a *fase autonomista*) e examinado em seus resultados práticos²². Esses são, em apertada síntese, os *caracteres* singularizantes da chamada *fase instrumentalista*.

De seu turno, o *formalismo valorativo*, destacado por Mitidiero como *momento* correlato à *fase instrumentalista*, revela-se enquanto “movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual [...] à força do caráter nitidamente instrumental do processo, trazendo novamente ao plano dos operadores do processo a busca pelo justo”²³. De fato, entre nós, a influência da Constituição, dos valores que podem ser extraídos do seu texto, assim como dos direitos fundamentais do cidadão ao amplo acesso à *justiça* e ao devido processo legal, foi decisiva, entre nós, para a construção de um novo ambiente teórico para estudo do processo e de seus institutos, o ambiente característico da *fase instrumentalista*, que prioriza a jurisdição ao invés da

¹⁹ Id. *ibid.*, p. 19.

²⁰ CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P.; & DINAMARCO, C.R., op. cit., p. 49.

²¹ ALVIN, Arruda, op. cit., p. 75-76.

²² CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P.; & DINAMARCO, C.R., op. cit., p. 49.

²³ MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 19-20.

ação e que nos convoca a envidar os esforços necessários a conferir a máxima efetividade ao processo. Ressaltamos, aliás, que essa *perspectiva* científica, assumida e desenvolvida pela escola processualista gaúcha²⁴, claramente inserida no *contexto instrumentalista*, parece-nos ser a mais adequada a solucionar problema jurídico da maior relevância teórica e pragmática, que é a identificação dos limites impostos pelo sistema jurídico à aplicação das técnicas *instrumentalistas*, notadamente do ideal de flexibilização do formalismo processual em favor da realização do direito material e do ideal de justiça²⁵. A propósito, afigura-se-nos absolutamente relevante, apenas antecipando algo que será melhor desenvolvido na seqüência, encontrar o equilíbrio entre “o *informalismo excessivo* (em que as partes perigam sossobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o *excesso de formalismo* (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre risco de periclitarse por razões de forma)”, como disse Mitidiero²⁶. Afinal, na abalizada opinião do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “o *formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado*” e evita que a realização do procedimento seja deixada ao simples querer do juiz, o que “*acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes*”, fazendo “*periclitarse a igual realização do direito material*”²⁷.

Feito esse breve retrospecto do desenvolvimento histórico do estudo do processo, passaremos a nos ocupar das *condicionantes científicas* da *fase instrumentalista*, notadamente da atribuição à jurisdição da mesma posição central que outrora era adjudicada à *ação* na *teoria do processo*.

1.2. Nova abordagem da teoria do processo: jurisdição como elemento central.

O *ponto central* das construções teóricas decorrentes do *instrumentalismo* está na conscientização dos operadores do direito de que o processo deve ser descrito, não apenas como mero *instrumento técnico* a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, como um poderoso *instrumento ético* destinado a servir à sociedade e ao Estado, como disseram Cintra, Grinover e Dinamarco²⁸. Somente sob tal perspectiva é que se poderá

²⁴ À qual se filiam, entre outros, Daniel Francisco Mitidiero e, mestre de todos, o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a quem nos referiremos na seqüência.

²⁵ E daí a relevância de correlacionarmos neste estudo as *fases* do desenvolvimento da dogmática processual identificadas por Dinamarco e Mitidiero.

²⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 44.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

²⁸ CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P.; & DINAMARCO, C.R., op. cit., p. 51.

assegurar ao jurisdicionado o desfecho imaginado por Calamandrei como a finalidade essencial do processo, que é “*agir na vida das relações humanas de forma a conseguir, independentemente da vontade do obrigado, o mesmo resultado prático (ou um resultado equivalente) que se teria alcançado se a norma jurídica fosse observada voluntariamente*”²⁹. Esse objetivo nunca saiu das mentes dos *juristas*. Nenhum de nós seria capaz de admitir, lucidamente, que *direito* e *processo* não se destinam a dar “*razão*” a quem tem “*direito*”, tendo em vista a efetividade do processo e a realização do ideal de *justiça*. O problema enfrentado pela ciência jurídica tem natureza distinta. Como visto, o *processo* foi desenvolvido sob premissas *autonomistas* que, embora perfeitamente adequadas a um dado momento da história do desenvolvimento da ciência e dos institutos processuais, com o correr dos anos mostraram-se ineficazes à solução de problemas cotidianos na aplicação do direito. Enfim, dia após dia os operadores foram chamados a testemunhar que o *formalismo* característico das premissas autonomistas que outrora orientaram a construção do processo não poucas vezes impediu a plena realização do direito substancial deduzido em Juízo.

Sob tal perspectiva, é *mérito* da teoria da *instrumentalidade* a identificação de um *norte* teórico capaz de compatibilizar os direitos material e processual. Dinamarco, quando discorre sobre os *escopos* do processo, e, sobretudo, quando identifica a existência de *escopos não-jurídicos*, de natureza *social* e *política*, faz uma reavaliação da teoria geral do processo. E, em tal exercício teórico, permitindo-se analisar o processo sob a ótica externa dos seus resultados, chega à conclusão de que a teoria deve ter como elemento central, não a *ação*³⁰ ou o *processo*³¹, mas a própria *jurisdição*³². A premissa de que se vale a corrente *instrumentalista* é a de que, para compatibilizar os *escopos jurídico, social e político do processo*, cumpre aos operadores buscar a completa realização do direito material levado à apreciação do Poder Judiciário, sempre no sentido de garantir a

²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 123.

³⁰ Não pode ser a *ação* por causa da perspectiva publicista do processo. Segundo Dinamarco, para quem, preocupação central com a *ação* é sinal da *visão privatista* do sistema processual, “a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a *ação* como pórtico de todo o sistema, traindo com isso a superada idéia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados [meramente] ao escopo de tutelar direitos subjetivos” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 45-46).

³¹ Não pode ser o processo porque “dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)”. Demais disso, “o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indistigável marca de formalismo”. Assim, “colocar como pólo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual)” (Id. ibid., p. 79).

³² Id., ibid., p. 81.

máxima da efetividade ao processo e, enfim, a realização do ideal de *justiça*. Essa perspectiva metodológica é reflexo da mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo³³, do deslocamento da *jurisdição* para a posição central antes ocupada pela *ação* na *teoria*, que permite a ampliação do campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da *tutela jurisdicional*, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido “*abandonado*” durante o período *autonomista*³⁴.

2. A FASE INSTRUMENTALISTA E A PERSPECTIVA DE UM PROCESSO SOCIALMENTE ADEQUADO.

Como visto, a chamada *fase instrumentalista* marca o *terceiro momento* teórico da evolução do direito processual, tendo por características fundamentais o alargamento dos horizontes do processo e a conscientização dos juristas de que a importância do processo está em seus resultados.

Nesse capítulo nos dedicaremos ao estudo de *soluções* próprias da *fase instrumentalista*, notadamente da proposição doutrinária a que os operadores, ao aplicarem o direito processual, sempre tenham em vista o direito substancial em discussão, num esforço de *flexibilização* do formalismo processual em favor da mais completa realização do direito material. Analisaremos, também, as *condicionantes teóricas* da concretização dessa nova abordagem científica, assim como o âmbito de sua aplicação, investigando, quanto a esse último particular, se o sistema jurídico impõe limites à pretendida *flexibilização* do formalismo processual e, caso a resposta a tal indagação seja positiva, qual a extensão desses limites.

Sob tal perspectiva é que pretendemos traçar os *contornos* do que seria um *processo socialmente adequado*, entendido, *prima facie*, como procedimento capaz de atender à aspiração social de realização do ideal de *justiça* e que, ao mesmo tempo, confira aos litigantes um mínimo de segurança na discussão dos seus interesses em Juízo.

2.1. A influência da Constituição no processo: o acesso à justiça e o devido processo legal como parâmetros à realização de uma tutela jurisdicional efetiva.

³³ A propósito, Bedaque ressalta que não mais interessa ao processualista “*uma ciência processual conceitualmente perfeita, mais que não consiga atingir os resultados a que se propõem*”, pois, agora, a eficácia do sistema processual passa a ser “*medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 17).

³⁴ Segundo Bedaque, “*o estudo da tutela jurisdicional revela o fim da fase autonomista do direito processual*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 164).

De antemão, cumpre identificar como *condicionantes teóricas* da chamada *fase instrumentalista*³⁵ o desenvolvimento histórico do processo (do que já nos ocupamos em tópico anterior) e a influência das Constituições na dogmática processual, sobre o que passaremos a discorrer mais detidamente neste tópico.

O professor Hermes Zaneti Júnior, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, ensina, com muita propriedade, que o estudo das relações entre o processo e a Constituição “*é a estrada que deverá permitir o reconhecimento no processo, não somente de um instrumento de justiça, mas também de um instrumento ou - se preferir - uma garantia da liberdade*”³⁶. E tal se dá porque, como disse Eduardo de Avelar Lamy, “*acontecimentos que marcaram o século passado, tais como as guerras mundiais e o holocausto, trouxeram para o processo de positivação e aplicação do direito uma preocupação com valores, com ideologias*”, o que se dá, sobretudo, no âmbito constitucional, renunciando “*uma nova era no desenvolvimento do direito: o constitucionalismo*”³⁷.

Esses valores a que se refere o professor Lamy conformam uma série de direitos e garantias, estabelecidos nos textos constitucionais em favor do cidadão, entre os quais se destacam, no que interessa à construção do ideário *instrumentalista*, os direitos fundamentais do jurisdicionado ao amplo *acesso à justiça* (CRFB, art. 5, XXXV e LXXVIII) e ao *devido processo legal* (CRFB, art. 5º, LIV e LV). Como teremos a oportunidade de adiante expor e demonstrar, esses mesmos direitos fundamentais ao passo que, de um lado, inspiram e orientam a aproximação entre *direito* e *processo*, abrindo espaço para a flexibilização do formalismo processual, de outro, limitam (ou condicionam) a flexibilização cogitada.

A doutrina e a jurisprudência extraem da cláusula de *acesso à justiça* o direito a uma ordem jurídica justa. Conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, “*o direito de pedir a tutela jurisdicional, quando qualificado como direito de acesso à justiça, assume uma outra dimensão, em que importa a efetiva possibilidade de o cidadão bater às portas do Poder Judiciário e realmente poder participar do processo, exercendo o seu direito à*

³⁵ Na qual, como visto, a perspectiva sincrética (ou *praxista*) da relativização do binômio direito-processo é revisitada ante a consideração de que o processo vale pelos seus resultados.

³⁶ ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição*. In: *Introdução ao estudo do processo: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 26.

³⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula vinculante: um desafio*. In: *Revista de processo* v. 30. n. 120. São Paulo: RT, 2006. p. 115.

tutela jurisdicional”³⁸. Mas não apenas. Eduardo Campi advoga que o direito fundamental ao acesso à justiça também abrange, entre outros aspectos, a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada)³⁹. Semelhante conclusão pode ser extraída da leitura conjugada dos incisos XXXV⁴⁰ (que veda que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e LXXVIII (que expressamente prevê a duração razoável do processo e o acesso aos meios que garantam a celeridade na sua tramitação) do artigo 5º da Constituição da República.

Mas o que viria a ser um processo célere? Ou, formulando melhor, qual seria a duração razoável de um processo?

Para Paulo Hoffman “*um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade*”⁴¹. O problema, contudo, está na constatação empírica de que, guardadas as especificidades do caso concreto, cada processo demandará um tempo diferente de tramitação. Em alguns feitos, notadamente aqueles em que são discutidas questões de fato e de direito de maior complexidade, o *contraditório*, ou a atividade probatória, ou a maturação e compreensão

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 462.

³⁹ CAMPI, Eduardo, op. cit., p. 674.

⁴⁰ A bem da verdade, esse dispositivo (CRFB, art. 5º, XXXV) por si só já conferia aos jurisdicionados o direito, não apenas a acessar o Poder Judiciário, mas, também, de obter uma tutela jurisdicional célere. Assim não fosse, porque é que a Constituição estaria a garantir acesso à justiça, entre nós, inclusive com vistas ao afastamento de ameaça de lesão a direito, quando se sabe, que essa *ameaça*, pela sua iminência, só pode ser tutelada sob a perspectiva de uma tutela jurisdicional célere? O que ocorre é que, como bem observado por Gustavo de Medeiros Melo, “*a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida em espaço razoavelmente rápido de tempo*”, pois, ainda nas precisas palavras do doutrinador, “*o fator tempo sobressai como elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça*” (MELO, Gustavo de Medeiros, op. cit., p. 691). Semelhante conclusão também pode ser extraída da leitura conjugada do supra-referenciado inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política Brasileira com o que prescreve artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), trazido ao sistema jurídico nacional por meio da *norma de abertura* colhida do próprio texto constitucional, mais especificamente do parágrafo 2º do mesmo artigo 5º, que dispõe que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (CRFB, art. 5º, § 2º). Consta da referida norma internacional que “*toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*” (CADH, art. 8º), de modo que, sob esse colorido, podemos afirmar, sem qualquer margem a dúvidas, que a direito constitucional ao amplo acesso à justiça impõe que desse acesso resultem decisões rápidas e, portanto, adequadas.

⁴¹ HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 61-62.

do Juiz, demandarão mais tempo do que em processos que encartam questões (ou discussões) menos complexas. O que ocorre é que, *data maxima venia*, não há como se imprimir *lógica aritmética* à investigação do que seria a duração razoável do processo. Não necessariamente a obteremos (a duração razoável do processo) com a supressão de atos processuais ou com a redução dos prazos estabelecidos pela lei para a realização desses mesmos atos, como poderia concluir simploriamente o leitor mais desavisado⁴². Na verdade, consideramos que a razão está com Barbosa Moreira, quando afirma que “*se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa*”, para concluir, na seqüência, que “*o que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é*”, e que “*se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço*”⁴³. Esse talvez seja o maior dos dilemas enfrentados pelos processualistas, e que agora se acentua, diante da perspectiva *instrumentalista* da construção de um *processo socialmente adequado*, que seja, ao mesmo tempo, *efetivo* e *seguro*.

Mas a natural *tensão* entre *efetividade* e *segurança* não remonta apenas ao âmbito do *acesso à justiça* (ou à ótica da mensuração da duração razoável do processo), estendendo-se igualmente às discussões relativas ao *devido processo legal*, compreendido por Mitidiero, como “*pendor de segurança jurídica dos cidadãos em face do Estado*”⁴⁴. Nessa linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, mesmo admitindo que os *valores efetividade* e *segurança* se mantêm em permanente conflito (quanto maior a *efetividade* menor a *segurança*, e vice-versa), adverte que a *efetividade* também exige que a prestação jurisdicional seja “*tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa*”, capaz de conduzir “*um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos*”, mas “*que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus*”⁴⁵. Essa é uma observação importantíssima. Um processo somente será *efetivo* quando for capaz de dar a razão a quem a tinha, entregando ao jurisdicionado tudo que lhe era devido. E, assumida essa premissa, não vemos como se aspirar *efetividade* no processo sem um mínimo de *segurança*. Até porque, como nos ensina o professor Alvaro de Oliveira, “*se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a*

⁴² Recobre-se, ao ensejo, a observação de Paulo Hoffman no sentido de que não podem ser olvidados nesse cômputo os “*eventuais imprevistos*”, que são “*comuns toda atividade*” (HOFFMAN, Paulo, op. cit., p. 61/62).

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 05.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 72.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

*seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário*⁴⁶. Disso se infere que o formalismo processual constitui *barreira* necessária a evitar a propagação do arbítrio do julgador e dos excessos de uma parte em face da outra, atuando, assim, como disse o insigne processualista gaúcho, “*como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si*”⁴⁷.

Destarte, uma outra conclusão inevitável a que se chega é a de que não é suficiente à construção de um *processo socialmente adequado* a simples intenção do julgador, ou das partes, de realizarem, por meio do processo, o ideal de *justiça*. Não se discute que o processo não pode ficar alheio ao seu produto, devendo produzir decisões legítimas, que são aquelas adequadas aos direitos fundamentais, como disse Marinoni⁴⁸. Todavia, não será *adequada*, principalmente sob a perspectiva dos direitos fundamentais, uma decisão exarada em um processo judicial em que não foram observados o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, etc. Basta ver, exemplificativamente, que, se a sentença é a *síntese* do que foi deduzido na preambular (*tese*) e na contestação (*antítese*), eventual supressão da *defesa* (exemplificativamente a bem da celeridade processual) colocaria em risco a realização desse seu caráter *sintético*, permitindo, por vezes, que se reproduza no processo uma *visão míope* do caso concreto. Recobramos, quanto ao pormenor, a exemplar lição de Eduardo Couture, para quem “*o juiz que não ouve a defesa e aceita a ação não julga: somente confirma*”. O que com isso quer dizer o insigne jurista uruguaio é que o magistrado apenas julgará plenamente o conflito a ele submetido depois de haver conhecido a defesa, pois, nas suas próprias palavras, “*no processo dialético, a ação é somente tese e a defesa, antítese*”, de modo que “*à síntese somente se chega depois de conhecer a ambas*”⁴⁹.

Nesse contexto, podemos concluir que, de fato, existem limites à flexibilização do formalismo processual, que não podem ser olvidados. Inclusive sob pena de incorrermos em odioso excesso, como se dá, no exemplo citado por Eduardo Campi, quando o juiz inverte o ônus da prova no momento em que decide a causa, ensejando *sentenças*

⁴⁶ Id.,Ibid.

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 452.

⁴⁹ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 160.

*surpresas*⁵⁰. O perigo da inclinação ideológica no sentido da mais completa abolição do formalismo processual, hoje assente em parte da doutrina processualista, é a prolação de decisões rápidas, mas *inadequadas* ao atendimento da finalidade precípua do processo⁵¹. O problema é abordado com muita clareza por Bedaque, que nos ensina que, conquanto as questões eminentemente processuais devam ser reduzidas ao máximo, é plenamente justificável a sua prevalência sobre aquelas relativas ao objeto litigioso do processo quando se tratar de exigência que vise à tutela de princípios maiores, como a ampla defesa, o contraditório, etc.⁵². A esses primeiros limites impostos pela doutrina à flexibilização dos institutos processuais (afetos aos direitos fundamentais do cidadão ao *devido processo legal* e aos seus corolários mais imediatos, o contraditório e a ampla defesa), acrescentamos um outro, oportunamente ressaltado pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o dever de motivação adequada do ato judicial”, no qual “habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil”⁵³, igualmente relacionado à cláusula do *devido processo legal*.

Por tais considerações, rematamos que a perspectiva *instrumentalista* de flexibilização do formalismo processual, concebida, no âmbito constitucional, a partir do direito fundamental do cidadão ao amplo *acesso à justiça*, sofre limitações naturais impostas por outro direito fundamental, o direito do jurisdicionado à observância do *devido processo legal*. Esses são os *parâmetros* que consideramos fundamentais à realização de uma tutela jurisdicional verdadeiramente efetiva.

2.2. Técnicas de que poderá se valer o interprete para a construção de um processo socialmente adequado.

Aceita essa premissa, cumpre verificar em que medida a desejada aproximação entre os direitos processual e material teria o condão de proporcionar ao jurisdicionado a construção de um *processo socialmente adequado*, capaz de conciliar as garantias procedimentais estabelecidas pela Constituição em favor dos jurisdicionados com a aspiração social de realização do ideal de *justiça*. E, em tal conjuntura, cabe aos

⁵⁰ CAMPI, Eduardo, op. cit., p. 682.

⁵¹ Que, reitere-se, consiste, para nos valermos das palavras do professor Marcelo Abelha Rodrigues, na sua capacidade de “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito e, ao mesmo tempo, foi efetivo, na medida em que tudo que era devido ao jurisdicionado lhe foi dado, permitindo a fruição total do bem da vida” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*, cit. p. 05).

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 58.

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

operadores do direito, a identificação de técnicas capazes de compatibilizar o ideário instrumentalista de aproximação entre direito e processo com um mínimo de garantia aos jurisdicionados. Nessa conjuntura, tomamos a liberdade de elencar algumas *atitudes* de que se podem valer os operadores nesse tormentoso, mas gratificante, exercício exegético.

A primeira delas repousa-se na idéia de que o direito material deduzido em Juízo é construído no curso do processo, pela aplicação temperada do direito positivo, que deve ser conformado, na casuística, pelas particularidades formadoras do caso concreto e pela carga axiológica extraída do sistema jurídico, notadamente do texto constitucional⁵⁴. A diretriz metodológica que orienta semelhante atuação é a de que o direito do caso concreto exsurge da atividade interpretativa dos operadores (discurso), que, por sua vez, deve ser fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas pela aplicação de princípios jurídicos, principalmente os de *fundo* constitucional.

A segunda *atitude* que divisamos é o exercício de compatibilização casuística do *processo* ao *direito*. Partimos da premissa de que a cogitada contraposição entre o direito material e o direito processual é apenas aparente, pois a circunstância de o formalismo processual ser indispensável para assegurar aos litigantes um mínimo de segurança na realização e acerto dos direitos deduzidos em Juízo não impede a sua flexibilização no caso concreto. Tratamos aqui, da natural tensão entre os valores efetividade e segurança, que orienta, no curso do processo, a realização casuística dos direitos fundamentais individuais do jurisdicionado ao amplo *acesso à justiça* e ao *devido processo legal*, assim como a perfeita interação entre eles. A cláusula de *acesso à justiça* impõe que se busque a máxima efetividade no processo, no sentido da completa realização dos direitos

⁵⁴ Bem resume o *modus operandi* dessa primeira técnica a “teoria da relação circular”, segundo a qual, conforme observa Daniel Francisco Mitidiero, citando Hermes Zanetti Júnior, “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70). Essa singular construção teórica, desenvolvida, entre nós, por Hermes Zanetti Júnior, destaca que o processo é o meio através do qual o direito material, mais do que concretizado, é “construído”. Nas palavras ilustre do professor gaúcho, agora integrado o corpo docente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado”, daí a afirmação de “que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (ZANETTI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível na internet: <http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>, acesso em 20/07/2007, *apud* CARNELUTTI. *Profilo dei raporti tra diritto e processo*. Rivista di Diritto Processuale, v. 35, n. 4, p. 539-550. 1960).

deduzidos em Juízo. Na trincheira oposta, o *devido processo* comina a observância da forma, ao menos para que se assegure, por meio da bilateralidade das discussões, que não sobressaia do processo uma visão distorcida do caso concreto. Apenas quando atendidos um (*efetividade*) e outro (*segurança*) reclame é que estaremos aptos a atender aspiração social de realização do ideal de *justiça*.

Dito isso, resta encontrar um parâmetro adequado a balizar semelhante tensão entre direitos fundamentais. O que se dá é que, a bem verdade, *direito* e *processo*, ou *efetividade* e *segurança*, conjugam-se, ao invés de se contraporem, no sentido da perfeita realização do Direito. Esse é o ponto. *Acesso à justiça* e *devido processo legal* são garantias de sede constitucional e, por tal característica, não podem, em princípio, ser desconsideradas no curso do processo. Mas esses *direitos fundamentais processuais* não são absolutos, podendo perder *espaço*, na casuística, para a aplicação de outros direitos fundamentais (ou *um* do *outro*) que vez ou outra lhes são contrapostos em razão das peculiaridades próprias do seu *desenvolvimento*. É o que ocorre, exemplificativamente, quando se *tencionam*, no processo, os valores *efetividade* e *segurança* (e, por via de consequência, a garantia do *acesso à justiça* e do *devido processo*), situação em que prevalecerá, conforme o caso, ora a *efetividade* (no sentido da máxima realização do *acesso à justiça*), ora a *segurança* (no sentido da integral realização do aspecto procedimental do *devido processo*). Enfim, tais *direitos fundamentais processuais*, embora extraídos do texto constitucional, podem, no caso concreto, encontrar *restrições* à sua realização, que são desenvolvidas com muita clareza por Robert Alexy⁵⁵ e, a partir dele, por Cristina Queiroz⁵⁶, e que decorrem, segundo a professora Queiroz, de “*toda interpretação que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental*”⁵⁷.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 62/80.

⁵⁶ QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

⁵⁷ Id., Ibid., p. 199. Observe-se, ao ensejo, que a prevalência de um direito fundamental sobre outro só poderá ser verificada no caso concreto, pois, ainda recorrendo à abalizada opinião de Cristina Queiroz, a tensão entre os valores constitucionais, ou, como prefere a professora, a interpretação que soluciona essa tensão, ocorre, sempre, na casuística, pois, nas suas próprias palavras, “*abstractamente, os direitos não são incompatíveis*” (Id. ibid., 201). De outro lado, não podemos perder de vista que o sistema jurídico também impõe *limitações* à configuração dessas *restrições*, relacionadas, sobretudo, à necessidade de preservação do *conteúdo essencial* do direito fundamental protegido. Com efeito, cláusulas restritivas “*não podem ser utilizadas para esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, isto é, na globalidade do seu sentido ou significação real*”, como disse Cristina Queiroz (Id., Ibid., p. 212). E, nesse contexto, a delimitação do *conteúdo essencial* sob investigação configura, nas palavras da jurista, “*limite imanente que traduz o firmamento dos valores constitucionais face à totalidade da Constituição*”, devendo estar claro que “*nem todos os limites se mostram admissíveis*”, somente ostentando essa qualidade (de limite admissível) aqueles “*que se mostram ao mesmo*

Fincada essa premissa, identificamos como padrão adequado a conformar a flexibilização do formalismo processual a verificação casuística da existência (ou não) de prejuízo⁵⁸ ao exercício dos *direitos fundamentais processuais*.

Exemplo característico da natural *tensão* entre *direito* e *processo* se dá no caso em que o magistrado, invocando o direito fundamental do cidadão ao contraditório, deixa para apreciar pedido liminar após a defesa, em situação em que a probabilidade da existência do direito alegado é demonstrada por meio de prova documental pré-constituída nos autos (fumaça do bom direito) e em que esse mesmo direito subjetivo tende a perecer dentro curso do prazo para a apresentação da contestação (perigo da demora). Frente a essa situação (que, de tão recorrente, encontra-se em vias de se converter em mais um dos *inconscientes coletivos* decorrentes da *patologia forense*) cumpre indagar, objetivamente, em que medida o direito ao contraditório estaria a incompatibilizar-se com a tutela de urgência. E, para tanto, não será necessária investigação mais profunda, pois se ambos os institutos em tese conflitantes são direitos de fundo constitucional, e se, como se sabe, direitos constitucionais não se “*chocam*”, mas apenas se *tencionam*, é natural que se conclua que em hipóteses como tais o diferimento do contraditório⁵⁹ não causa prejuízo à defesa, razão pela qual, como bem observa Eduardo Campi, “*representam excesso garantista as decisões que condicionam sempre a antecipação da tutela à prévia realização da garantia do contraditório, ignorando a urgência do pedido*”⁶⁰.

Um outro exemplo contundente, também relacionado ao afastamento do contraditório, pode ser extraído do *novel* artigo 285-A do Código de Processo Civil (com redação dada pela Lei nº 11.277/2006), dispositivo que autoriza, entre nós, a prolação de *sentença*

tempo ‘wesensmäßig’, isto é, ‘conformes’ à ‘essência’ ou ao conteúdo dos direitos fundamentais” (Id., Ibid., p. 216). Daí a *imperiosidade* de que as restrições constitucionais ao exercício de um *direito fundamental* sejam interpretadas *cum grano salis*, de modo a que se preserve adequadamente o seu *conteúdo essencial*.

⁵⁸ Recobre-se, ao ensejo, a noção de que nem todo *vício* é capaz de preordenar a *nulidade* do processo ou de qualquer dos seus atos, que se fundamenta na constatação inevitável de que a dogmática processual desde há muito privilegia a *instrumentalidade das formas*, princípio que, nas palavras de Liebman, “*subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância da forma, mecanicamente argüida, mas à relação – declarada caso a caso – entre o vício e a finalidade do ato*”. O que ocorre é que, conforme observa o insigne processualista italiano, que por muitos anos viveu entre nós, os sistemas jurídicos somente sancionam “*com nulidade [...] o ato que, por causa do vício, não tenha podido obter seu escopo*” (LIEBMAN, Eurico Túlio. *Manual de direito processual civil – Volume I*. Palmas: Intellectos, 2003. p. 222). Enfim, decorre de tal princípio a imposição a que somente se pronuncie a *nulidade* de ato processual quando o *vício* apontado vier a ocasionar prejuízo a uma das partes: *pás nullité sans grief*.

⁵⁹ Que, em tal hipótese, mais do que admitido, é recomendado pelo ordenamento jurídico.

⁶⁰ CAMPI, Eduardo, op. cit., p. 682.

liminar, exarada sem a oitiva da parte passiva. Se tomássemos ao pé da letra a ilação⁶¹ de que o contraditório, enquanto aspecto do *due process of law*, impõe-se como limite absoluto à flexibilização do formalismo processual, não teríamos como sustentar a validade jurídica do dispositivo processual em análise. Nada obstante, não vemos em tal preceito de lei mácula alguma à cláusula do *devido processo*. É que, com efeito, a *sentença liminar* cogitada é de improcedência, de sorte que a particularidade de a causa ser julgada de forma *inaudita* não causa prejuízos aos litigantes. Não há prejuízo ao réu, pois a sentença de improcedência liminar lhe é favorável; igualmente não há que se cogitar prejuízo do autor, ainda que seja ele quem perde a ação, pois não faz sentido esperar-se que o seu *sucesso* na lide pudesse ser obtido a partir da juntada aos autos da contestação da outra parte.

Sob tal perspectiva, mesmo a supressão da defesa (ou, quando menos, o diferimento da sua apresentação) não necessariamente compromete a higidez do processo, que poderá, desde logo (na decisão ou na sentença liminar proferida nos moldes do artigo 285-A do CPC), realizar o direito substancial (ou aspectos específicos desse direito), desde que, evidentemente, não haja prejuízos aos litigantes. Atendido esse reclame, a desejada flexibilização do formalismo processual (fundada no direito fundamental do cidadão ao amplo *acesso à justiça*) mostrar-se-á consentânea com o princípio do *devido processo legal*. Até porque, como nos ensina Nelson Nery Júnior, “a cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como a primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado”, pois tem caracterização bipartida e agrega além do *caractere procedimental* (*procedural due process*), um aspecto substancial (*substantive due process*), relacionado ao direito material ou, nas próprias palavras do doutrinador, à “*tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo*”⁶². Aliás, se isso é verdade, podemos sustentar, ainda com base nos exemplos propostos, que a diretriz que inspira a existência de decisões e sentenças liminares, longe de ofender ao princípio do *devido processo legal*, é fundamental à sua preservação, pois, a toda evidência, não se pode ter por *processo devido* aquele *feito* cujo resultado⁶³ se prolonga desnecessariamente no tempo, a ponto de fazer perecer o direito subjetivo deduzido em Juízo.

⁶¹ Extraída inclusive do posicionamento de doutrinadores que aderiram incondicionalmente à corrente *instrumentalista*.

⁶² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

⁶³ Ainda que seja esse *resultado antecipado* um *resultado parcial*, tendente a simples acautelamento do objeto da pretensão autoral (próprio das medidas cautelares) ou a antecipação de simples efeitos mandamentais que decorrem logicamente do provimento final demandado (própria das medidas de natureza antecipatória).

Outra *questão* relacionada à desejada flexibilização do formalismo processual decorre de situações em que particularidades do direito material (ou do ambiente fático que o envolve) exigem uma aplicação diferenciada de requisitos procedimentais.

Tomemos, exemplificativamente, a situação, característica do direito previdenciário, da comprovação do tempo de serviço rural laborado em regime de economia familiar⁶⁴, para o que a legislação previdenciária exige a apresentação de *início de prova material*, constituído por documento contemporâneo à atividade laboral, do qual conste que o trabalhador ostentava ao tempo dessa atividade a profissão de *lavrador*⁶⁵. Para o caso, a jurisprudência dos tribunais pátrios firmou-se no sentido da validade jurídica da citada *pré-condição*, a ponto de a matéria vir a ser abordada em Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de número 149, que fixa que “*a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação de atividade de rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*”. Eis, então, o requisito procedimental à demonstração do direito à cobertura previdenciária: a apresentação de documento contemporâneo que comprove que o trabalhador era lavrador (prova tarifada). O que ocorre é que, a mesma Corte Superior de Justiça, chamada a solucionar casos concretos em que o trabalhador não dispunha de documentos pessoais que se prestassem à referida prova, por conta, exemplificativamente, da sua menoridade civil, ou da *informalidade* das relações pessoais estabelecidas no âmbito rural⁶⁶, passou a admitir, para efeito da demonstração do *início de prova material*, a apresentação de documentos de seus familiares⁶⁷. E, assim procedendo, de um lado preservou o citado requisito procedimental e, de outro, o compatibilizou com as peculiaridades específicas do direito material deduzido em Juízo, de modo a que, no caso concreto, tais particularidades tivessem o efeito de conformar a aplicação da norma procedimental.

⁶⁴ Assim entendida como a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados (Lei 8.213/91, art. 11. § 1º). O ordenamento jurídico assegura ao trabalhador a cobertura previdenciária sob condições especiais e por sistema de custeio diferenciado, que permite ao obreiro o acesso aos benefícios que integram o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) pela tão-só demonstração de que ele, o trabalhador, esteve vinculado, durante determinado período, a esse específico regime de cobertura securitária (CRFB, art. 201, § 7º, II c/c Lei 8.213/91, art. 55, § 2º).

⁶⁵ Lei 8.213/91, art. 55, § 3º c/c Decreto n.º 3.048/99, art. 62.

⁶⁶ Onde ainda encontramos pessoas que vivem completamente à margem da sociedade organizada e de suas convenções, as quais, não poucas vezes, não portam sequer um documento de identidade.

⁶⁷ É o que se infere das ementas dos julgamentos do RESP n.º 505429, do RESP n.º 497174, do AGA n.º 463855, do AGRESP n.º 600071, do RESP n.º 529898 e do RESP n.º 478908.

Para hipóteses como tais (e apenas para elas), em que se dá a *tensão* entre requisitos procedimentais e elementos ingênitos do direito material, sustentamos que a solução adequada para o litígio passa pela prevalência⁶⁸ do direito material (terceira técnica sugerida). Entendemos que, em tais circunstâncias, o direito material deve conformar a aplicação do direito processual, de modo a que aspectos acidentais processo não prejudiquem a realização do direito substancial deduzido em Juízo e nem constituam vetor de propagação de decisões judiciais *injustas*.

Essas são, a nosso sentir, *atitudes* que podem ser tomadas pelos operadores do direito no sentido da construção de um processo capaz de atender à crescente aspiração social no sentido de que esse notável *instrumento* esteja apto a realizar direitos e a produzir decisões *justas*, tendentes de solucionar adequadamente os conflitos levados ao conhecimento do Poder Judiciário. A sua adoção (dessas atitudes) nos parecem suficientes à construção de um *processo socialmente adequado*.

CONCLUSÕES.

A teoria da *instrumentalidade* é resultado de um processo histórico e tem por premissa metodológica a atribuição à jurisdição de posição central na teoria do processo. Essa mudança de paradigma orienta que o processo seja avaliado pelos seus resultados, os quais, por sua vez, devem atender não apenas ao seu *escopo jurídico* (a solução dos conflitos individuais), mas, também os seus *escopos sociais e políticos*, notadamente a idéia de pacificação com *justiça*. Tiveram influencia decisiva nesse contexto as garantias processuais estabelecidas na Constituição, que se inserem entre os chamados *direitos fundamentais do cidadão*, notadamente os direitos dos jurisdicionados ao amplo *acesso à justiça* e ao *devido processo legal*, sob o manto das quais foi construído o ideário *instrumentalista*, no que se inclui a aspiração teórica, bastante difundida entre nós, da reaproximação entre o direito material e o direito processual.

A pretexto da realização pragmática de semelhante aspiração teórica, há quem sustente a necessidade da máxima flexibilização do formalismo processual, notadamente quando as formalidades do processo estiverem a impedir a realização do direito substancial deduzido em Juízo e do ideal de *justiça*. Ocorre que esses mesmos direitos fundamentais constitucionais processuais, que inspiram e orientam a idéia de aproximação entre *direito* e *processo*, acabam por limitar a flexibilização da *forma* processual. Mesmo entre os

⁶⁸ Sempre na casuística, pois, como bem observou a professora Cristina Queiroz no exerto doutrinário anteriormente citado, “*abstratamente os direitos não são incompatíveis*” (QUEIROZ, Cristina M.M., op. cit., p. 201).

doutrinadores que admitidamente integram a chamada corrente *instrumentalista* não há dúvidas de que, embora as questões processuais devam ser reduzidas ao máximo, não se pode pretender realizar plenamente o objeto litigioso do processo em detrimento de princípios maiores, como a ampla defesa e o contraditório.

A par desses limites, identificamos algumas *atitudes* de que se podem valer os operadores do direito para a consecução do ideário *instrumentalista* de aproximação entre *direito* e *processo*. A primeira delas *atitudes* repousa-se na idéia de que o direito material é *construído* no curso do processo, pela aplicação *temperada* do direito positivo, que deve ser conformado, na casuística, pelas particularidades formadoras do caso deduzido em Juízo e pela carga axiológica extraída do sistema jurídico, notadamente do texto constitucional. A segunda *atitude* proposta é a compatibilização casuística dos direitos material e processual, sob a premissa de que a cogitada contraposição entre *direito* e *processo* é apenas aparente, pois, embora o formalismo processual seja indispensável para assegurar aos litigantes um mínimo de segurança na realização e acerto dos direitos deduzidos em Juízo, tal não impede a sua flexibilização no caso concreto, desde que a conseqüente restrição à *forma* processual não importe prejuízo às partes envolvidas no litígio. A *atitude* remanescente diz respeito à interpretação dos dispositivos processuais conforme as peculiaridades do caso concreto, notadamente em situações em que se dá a *tensão* entre requisitos procedimentais e elementos ingênitos do direito material, para as quais (e somente para elas) sustentamos que a solução adequada para o litígio passa pela prevalência do direito material, por entendermos que, em tais circunstâncias, o direito material deve conformar a aplicação do direito processual, de modo a que, aspectos acidentais processo não prejudiquem a realização do direito substancial deduzido em Juízo e nem constituam *vetor* de propagação de decisões judiciais *injustas*.

Derradeiramente, concluímos que a adoção de tais posturas, mais do que qualquer “*reforma legislativa*”, terá o condão de induzir a construção de um processo um *processo socialmente adequado*, que é aquele capaz de assegurar a completa realização dos direitos deduzidos em Juízo e, a partir dela, o atendimento à aspiração social de realização do ideal de *justiça*. Isso, naturalmente, sem perder de vista a necessidade de se garantir aos jurisdicionados um mínimo de segurança na discussão em Juízo desses mesmos direitos, inclusive sob pena e risco de que sobressaia do processo uma visão distorcida do caso concreto, hipótese em que, ainda que com o claro intuito de realizar a *justiça*, os operadores estariam a assumir o risco de entregar o “*bem da vida*” a quem não o merece, de dar razão a quem não tem direito e, enfim, de produzir *injustiças*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIN, Arruda. *Manual de direito processual civil - Volume 1 - Parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CAMPI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo*. In: FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 662-683.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>, acesso em 20/07/2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Súmula vinculante: um desafio*. In: *Revista de processo* v. 30. n. 120. São Paulo: RT, 2006. p. 112/137.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ações coletivas e tutela antecipada no Direito Processual do Trabalho*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1967>, acesso em 20/07/2007.

LIEBMAN, Eurico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Palmas: Intelectos, 2003.

MALLET, Estevão. *A antecipação de tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz & NERY Jr., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 684-706.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Processo e constituição*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador) [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Elementos de direito processual civil – Volume 1*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível na internet: <http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>, acesso em 20/07/2007.

_____. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: MACHADO, Fábio Cardoso & AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição*. In: *Introdução ao estudo do processo: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 23/62.

_____. Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. In: *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004.

ZANGANELLI, Margareth Vedis & COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. *Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo*. In: *Cadernos de Direito Processual – Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo – ano 1 – número 1 – Agosto/dezembro 2006*. Vitória: UFES, 2006. p. 07-16.

Como citar este texto (NBR 6023:2002 ABNT):

MADUREIRA, Claudio; LIMA NETO, Francisco vieira. O instrumentalismo e a perspectiva de um processo socialmente adequado. *Informativo fmr.jur.adv.br*. Disponível na internet: <<http://www.fmr.jur.adv.br/publicacoes-1/artigos>>; acesso em ____ de _____ de ____.