

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS DE PRECLUSÃO
PROCESSUAL NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO**

Caroline Beatriz Januário

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS DE PRECLUSÃO
PROCESSUAL NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO**

Caroline Beatriz Januário

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wilton Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP
2016

**A RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS DE PRECLUSÃO
PROCESSUAL NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

UDO WOLFF DICK APPOLO DO AMARAL

Presidente Prudente, 21 de novembro de 2016

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis” (José de Alencar).

AGRADECIMENTOS

Ao bom Deus, cujo sopro de vida fez de mim alma vivente, mas já me nutria imenso amor desde antes da fundação do mundo. Obrigada, Pai celestial, porque as suas misericórdias se renovam a cada manhã e são a causa para que eu não seja consumida, porque me fez herdeira do Reino e a mim são dirigidas as suas promessas, o que me faz compreender e apreciar ainda mais esta conquista.

Ao meu amado pai, Valdir Martins Januário, por não economizar de sua vasta sabedoria ao me auxiliar durante os estudos, por me ajudar a traçar objetivos e repassar incontáveis vezes as metas até que sejam atingidas, por acompanhar de perto o meu desempenho durante a elaboração do presente trabalho e, principalmente, por depositar em mim tanto orgulho e confiança: basta que você mantenha seus olhos sobre mim para que eu me sinta capaz de voar muito alto.

À minha querida mãe, Érika Efigênio Januário, por ser a personificação da sabedoria divina e me agraciar com os melhores conselhos, por travar as mais duras batalhas em oração por mim, por dispor de seu precioso tempo para ouvir minhas preocupações sobre este trabalho e não me deixar fraquejar, mas me incentivar a perseguir a coroa: sua certeza sobre o meu sucesso edificou um pilar em meu coração, no qual estou me agarrando para conquistar todos os meus sonhos.

Ao meu inigualável irmão, Guilherme Henrique Januário, por ser âncora e proteção para o meu coração, alegria para os meus dias e a maior lição de bondade que eu poderia aprender na vida; pela capacidade de elogiar tudo que eu faço e, com isso, me permitir experimentar a prazerosa sensação de confiança extrema que me faz sentir como se eu fosse a pessoa mais inteligente e capacitada do mundo: meu irmão, embora eu saiba que não há nada que você não faça por mim, entenda que você me faz feliz só por existir.

Família, meu coração deseja alcançar ao menos metade da grandiosidade que vocês possuem. Agradeço por todo amor e carinho dispensado a mim, por desempenharem verdadeiros exemplos de caráter e bom coração e, principalmente, por tudo que renunciaram para me proporcionar as melhores oportunidades da vida. Nada seria mais justo e correto do que dedicar esta vitória a vocês, que estiveram ao meu lado durante a árdua jornada que foi a elaboração deste trabalho.

À distinta Juíza de Direito, Doutora Mariana Sperb, que tão bondosamente me acolheu em seu gabinete e desde então tem me presenteado a cada dia com generosas porções de sabedoria e conhecimento. Sou grata pelas inúmeras vezes que respondeu aos meus: “Doutora, está ocupada?”, com um: “Nunca pra ti, Carol!”, por solucionar minhas dúvidas ministrando, com singularidade, verdadeiras “aulas” e, principalmente, por participar com alegria da minha vida acadêmica e profissional: impossível descrever o quanto eu já cresci desde aquele primeiro contato, durante minha entrevista, e o que aquela oportunidade representou para mim.

E, finalmente, ao meu admirável professor e orientador Wilton Boigues Corbalan Tebar, que confiou em meu objeto de estudo e desde então atuou com louvável paciência e dedicação para que o presente trabalho fosse produzido. Professor, por cada preciosa fração de seu tempo gasto sanando minhas dúvidas, partilhando conhecimento, ouvindo minhas preocupações e lendo os textos gigantes que foram enviados a cada entrega de material para correção, a minha sincera gratidão. Sem você a conclusão desta etapa não seria possível.

Muito obrigada a todos que contribuíram até aqui. Prometo-lhes que este é só o começo.

RESUMO

As regras processuais devem ser avaliadas de forma pormenorizada porquanto tendem a proporcionar às partes equilíbrio quando atuam em juízo, porém facilmente se transformam no oposto do que anunciam quando são empregadas de maneira exagerada. Em razão disso, sua otimização se embasa exatamente na necessidade de preservar a segurança jurídica entre as partes enquanto personagens atuantes no processo, bem como efetivar a promessa estatal e constitucional de justiça célere, efetiva e, acima de tudo, realmente justa. Para tanto, necessário analisar com acuidade os objetivos do formalismo e os efeitos que, carreados ao processo, poderão gerar prejuízos às partes e ao direito material discutido. Sob essa ótica, também é imprescindível discutir a efetividade do processo como instrumento de pacificação social, pois há uma linha tênue entre esses dois extremos – formalismo exagerado e efetividade do processo para fins de pacificação –, ultrapassada de maneira despreocupada e com muita frequência nos eventos cotidianos, que atribuem a grandeza da questão tão somente à morosidade da justiça, sem analisar, de fato, onde é que essa morosidade se origina, tampouco se preocupando em encontrar maneiras de mitigá-la ou, pelo menos, suavizá-la. O principal enfoque, então, consiste na relativização das normas procedimentais de preclusão que, se aplicadas de maneira leviana, acabam até mesmo criando direitos materiais inexistentes a uma determinada parte, o que prejudica a promessa constitucional de solução de conflitos satisfatória e, sobremaneira, efetivada com justiça.

Palavras-chave: Preclusão. Relativização. Regras Procedimentais. Novo Código de Processo Civil. Pacificação Social.

ABSTRACT

The procedural rules should be evaluated in a detailed way considering that they tend to provide balance to the parties when acting in judgment, nevertheless they easily become the opposite of what they announce, when they are applied in an exaggerated way. For this reason, their optimization relies on the necessity of a juridical safety preservation between the parties while active characters in the procedure, as well as making permanent the state and the constitutional promise of a swift justice, effective and, above all, really fair. For that, it is necessary to analyse with acuity the formalism aims and the effects that, transported to the procedure, could cause disadvantages to the parties and to the material law in discussion. Under this perspective, it is also indispensable to discuss the procedure effectiveness as a social peacemaking instrument, considering there is a fine line between these two extremes – exaggerated formalism and procedure effectiveness for peacemaking purposes – overtaken in an unconcerned way and very frequently in the daily events, that attribute the magnitude of the issue only to justice slowness, without analyzing, in fact, where this slowness comes from, neither worrying about finding ways to mitigate it or, at least, lighten it. The main focus, then, consists of the relativisation of preclusion proceeding rules that if applied in a frivolous way, ends up even creating inexistent material law to certain party, harming a satisfactory constitutional promise of conflicts solution and, greatly, effected with justice.

Key-words: Preclusion. Relativisation. Proceeding Rules. New Civil Procedure Code. Social Peacemaking.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROCESSO COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL	12
2.1 Aproximação Conceitual: Ciência Jurídica, Direito Processual Civil e Processo	14
2.1.1 Processo e Direito Processual	15
2.2 O Papel do Judiciário Perante a Norma Hostilizada: Visão Processual de Solução de Conflitos.	16
2.3 Conceito de Processo, Tutela Jurisdicional e Delimitação do Recorte Metodológico	17
3 SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO	24
3.1 Considerações Iniciais Sobre Procedimento e Suas Características no Processo Civil Brasileiro	25
3.2 Preclusão: Conceito, Características e Efeitos	30
3.2.1 Conceito	33
3.2.2 Natureza jurídica	35
3.2.3 Classificação	35
3.2.4 Finalidade	37
3.2.5 Efeitos	39
3.3 Preclusão Sob a Ótica da Relação Jurídica Processual	39
4 O ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS	44
4.1 Os Direitos Fundamentais no Neoconstitucionalismo	48
4.2 A Adequação de Instrumentos de Pacificação Social como Direito Fundamental	54
5 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS	62
5.1 Conceito	64
5.2 Características	71
5.3 Instrumento De Relativização De Regras Procedimentais	75
6 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de situar e introduzir o estudo realizado para a confecção do presente trabalho, o instrumento processual foi apresentado, em um primeiro momento, oferecendo uma visão global e panorâmica, envolvendo toda a questão problemática em enfoque.

A escolha do tema deu-se ao fato de que, atualmente, há uma grande diversidade de conflitos. Isso faz com que o Direito se molde constantemente, a fim de estar atento para solucionar satisfatoriamente essas situações fáticas e, eventualmente, prevê-las.

Essas relações, que ensejam transformações no mundo jurídico, obviamente o afetam em seus mais variados ramos. Não seria diferente com as normas procedimentais, que inclusive vêm sendo aprimoradas por preceitos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, a fim de atingir um objetivo sublime que envolve a prestação eficaz da tutela jurisdicional.

Isso quer dizer que, passando para o desenvolvimento do estudo, as normas procedimentais devem ser sempre analisadas tendo em mente e levando-se em consideração o objetivo final do processo, ou seja, não podem ser excessivamente priorizadas, a ponto de ficarem sobrepostas em detrimento do escopo essencial que é a solução satisfatória da lide levada a juízo.

Para tanto, foi necessário descrever e explanar alguns conceitos ligados a processo, direito processual e instrumentos da jurisdição, ainda que de maneira breve, com o intuito de primeiramente traçar alguns paralelos entre o desenvolvimento desses institutos e a efetiva pacificação social.

O instituto da preclusão processual, em linhas gerais, refere-se ao fenômeno que afeta direitos individuais, pois cuida da limitação das atividades processuais praticadas pelas partes, objetivando celeridade no que se refere à solução da lide.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que proporcionam uma rápida solução do litígio, as regras de preclusão também tutelam a boa-fé processual, refutando quaisquer expedientes que deem margem à litigância de má-fé.

Logo, foi possível perceber também que a problemática envolve situação mais complicada do que se imagina, eis que ao priorizar sobremaneira os

formalismos atinentes ao processo, invariavelmente admite-se, com demasiado pesar, existência de patologia que acomete a prestação jurisdicional e macula o direito material da parte.

Em decorrência desse fenômeno, com a especial intenção de evitar ao máximo, ou pelo menos minorar consideravelmente, os prejuízos afetos à sociedade, traduzidos em cada indivíduo que chega até o judiciário com sua pretensão em mãos e se torna parte de algum tipo de procedimento jurisdicional, é que foi estudada a relativização das normas de preclusão processual.

Ou seja, a escolha do tema permeou estudo e pesquisa relacionados a uma possível relativização das regras de preclusão no procedimento comum, previsto pelo Novo Código de Processo Civil, com o fim de prestigiar a persecução e satisfação do direito material invocado pelas partes.

Explanada a otimização e flexibilização não apenas do instituto da preclusão, mas de todos os possíveis formalismos descritos no Código de Processo Civil, pretendeu-se demonstrar que as situações concretas diferem, em sua grande maioria, dos contextos previstos pelo legislador, pois decorrem das mais diversas causas e não podem ser limitadas por vontade legislativa, criando um único molde a fim de englobar todas as possibilidades existentes.

Essa máxima nos levou a crer que, se encarado de forma exageradamente burocrática, o processo tende a se fundir à vasta gama de formalismos (por vezes desnecessários) e a se distanciar de seu real intuito, deixando de primar pela pacificação social e resolução de conflitos de maneira satisfatória, tornando-se apenas um mecanismo de reprodução de normas remotas a real justiça que, inicialmente, se pretendia concretizar.

Ora, impõe-se considerar, então, que a noção de processo extraída do consenso geral da sociedade não é a de mecanismo de pacificação social. É dizer, a imagem que a os membros que compõem a sociedade possuem acerca do Poder Judiciário evidentemente não é a de “solucionador de conflitos”.

Muito longe disso, percebeu-se que o funcionamento da máquina estatal para prestação de tutela jurisdicional se distancia cada vez mais de seus pilares, na medida em que não consegue proporcionar um instrumento célere e ao mesmo tempo eficaz para atender às demandas propostas.

Para tanto, procedeu-se à análise de um ponto de equilíbrio entre as problemáticas apresentadas neste estudo, que visam apaziguar a relevância social

do processo como instrumento para resolução das convergências de pretensões vivenciadas pelos seres durante o convívio.

Culminou-se, então, na reafirmação dos objetivos do presente trabalho, visto que restaram satisfatoriamente esclarecidas as premissas acerca do instituto da preclusão processual, bem como se extraiu o que havia de inovador e benefício quanto à relativização defendida.

O presente trabalho se utilizou do método dedutivo, pois as premissas obtidas ao longo do estudo se desenvolveram no plano teórico, confirmadas com alguns apontamentos práticos, a saber, a sensível alteração promovida pelo legislador na figura recursal do agravo de instrumento, encampando o entendimento defendido e procedendo à relativização tratada no decorrer do estudo.

2 O PROCESSO COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Fato incontroverso é que a vida em sociedade, desde a época primitiva, tem sido originária de conflitos. Notamos, desde cedo, que o meio social no qual estamos inseridos está constantemente se renovando e atualizando, bem como ser esse o contexto responsável por fazer saltar aos olhos a forte característica sociável inerente à estrutura dos seres humanos.

Destaco o mesmo entendimento, nas palavras do conceituado doutrinador Cândido Rangel Dinamarco:

É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. (DINAMARCO, 2008, p. 189).

Tal circunstância nos leva a crer que o dinamismo social aqui evidenciado necessariamente implica em que os indivíduos desenvolvam certas habilidades, encarregadas por fornecer a capacidade de administrar conflitos próprios e alheios, seja lidando com frustrações, empenhando a busca de sonhos, motivando a perseguição de objetivos construídos ao longo da vida, encarando eventuais perdas ou fracassos e, inclusive, sabendo portar-se em relação a vitórias e conquistas.

A partir dessa colocação é pertinente afirmar que a sociedade é fruto dos objetivos individuais dos seres humanos. Logicamente, acaba por se transformar também no palco onde se desenrolam os conflitos de interesses desencadeados por esse notável dinamismo social.

Esse aspecto referente à busca incessante dos interesses, porém, não é algo que se possa avaliar negativamente.

Isso porque, de todos os povos, impérios e reinados existentes, noticiados nos estudos das civilizações, vislumbramos que invariavelmente ruíram quando deixaram de perseguir suas necessidades e objetivos, tornando-se povos estáticos, conseqüentemente caindo no esquecimento ou sucumbindo a grupos maiores.

Logo, arrazoado pensar que essa característica social é pressuposto não apenas para a esperada ascensão política, econômica e cultural, mas também para o temido extermínio das comunidades.

Trazendo tais ponderações para o plano puramente individual, insta considerar que o gênero humano reproduz no mundo exterior nada mais do que o que há em seu mundo interior. Em outras palavras, antes mesmo de ser afetado pela sociedade, o homem é afetado por si mesmo.

As explicações filosóficas para tanto decorrem do fator de que a própria natureza humana prevê essa tendência da vida em sociedade e, ao concretizar essa previsão, o homem está fomentando o seu próprio bem.

Contudo, depois de realizado o processo de síntese entre as características internas de cada um e após o correspondente processo de exteriorização do resultado obtido, nota-se que o ser humano não apenas possui a vocação inerente de viver em sociedade, mas o chamado para fazê-lo em consonância com as regras de convivência arduamente construídas no correr da história.

Assim, afirma-se com propriedade que a vida humana tende a ser sempre associada a grupos, culminando no ajuntamento dos homens como um todo, muito embora, para determinadas ocasiões, as peculiaridades individuais de cada ser sejam observadas.

Nessa esteira, pertinente o ensinamento de Aristóteles, que há muito tempo já lecionava com singularidade que “o homem é um animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade”¹.

Como consequência direta, ressalta-se que não há sociedade sem direito (“*ubi societas ibi jus*”), pois ambos nasceram juntos e caminham juntos desde o princípio, ainda que isto tenha ocorrido inicialmente em um contexto embrionário e primitivo.

Indiretamente, também é necessário considerar que não há direito sem sociedade, tornando a recíproca verdadeira pela simples razão de que, unidos, esses dois agentes representam a compatibilização dos interesses manifestos no seio social, a fim de prevenir conflitos e, eventualmente, solucioná-los.

Essa correlação entre sociedade e direito decorre da função ordenadora que este exerce sobre aquela, na medida em que traça diretrizes a fim de regularizar conflitos que supostamente possam surgir entre os membros da coletividade.

¹ ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Escala, coleção Mestres Pensadores, 2008.

Por conseguinte, possível estabelecer a premissa de que a tarefa da ordem jurídica, basicamente, consiste em harmonizar as relações para que, desta forma, empregue-se o mínimo de desgastes e impulsiona ao ponto máximo de satisfação na utilização do direito material.

2.1 Aproximação Conceitual: Ciência Jurídica, Direito Processual Civil e Processo

Em um primeiro instante, é importante levar em conta que a consequência direta da insatisfação experimentada por um indivíduo, que encontrou resistência em sua pretensão, culmina no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Sobre essa matéria, considere-se a seguinte lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Por *insatisfação* entenda-se um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. A vida em sociedade seria bem pior do se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em *decepções* permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a *promessa* de pôr fim a esses estados. (DINAMARCO, 2008, p. 189).

Ora, certo é que diante desse cenário, não poderá o sujeito valer-se da justiça privada para concretizar e satisfazer sua pretensão – ainda que seja esta legítima –, uma vez que a linha responsável por separar a justiça privada e o exercício arbitrário das próprias razões é tênue, podendo o indivíduo facilmente ultrapassá-la, ainda que de forma contingente.

Nesse diapasão, é de se ressaltar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, forte embaixador da ciência jurídica como um todo, está presente no rol do artigo 5º da Constituição Federal, logo, constitui parte integrante da famosa e extensa carta de direitos e garantias fundamentais que, em seu inciso XXXV, dispõe que tanto a lesão como a simples ameaça a direito não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário.

Tão logo se encontre insculpido nesse rol, temos que esse princípio constitui cláusula pétrea, eis que alocado em âmbito imutável da Carta Constitucional.

2.1.1 Processo e direito processual

Esses institutos, que decorrem diretamente da ciência jurídica, devem ser analisados de maneira pormenorizada, pois sua compreensão é de grande valia e indispensável para atingir os objetivos do presente estudo.

Com efeito, temos que o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, disciplina relações intersubjetivas utilizando-se, em um primeiro momento, da legislação para fins de instituir normas de convivência que, conforme a consciência popular, são responsáveis por reger os diversos tipos de vínculos estabelecidos entre os seres.

Em segundo momento, o Estado busca realizar e concretizar a generalidade das normas de convivência que forem infringidas utilizando o mecanismo da jurisdição, ou seja, mitigando os conflitos que surgirão a partir da violação do conjunto normativo previamente instituído.

Sintetizando, por processo temos que é instrumento responsável por tornar efetivo um direito material – discutido pelas partes durante o procedimento –, visto que não possui o condão de se efetivar sozinho, devendo então ser invocada a relação de instrumentalidade entre o direito processual e o direito material, que se desenvolve no âmbito do processo.

O direito processual, por sua vez, constitui exatamente o ramo da ciência jurídica incumbido de disciplinar sobre as normas regulamentadoras do exercício da jurisdição, retro mencionado.

Sobre essa matéria, colacionem-se alguns conceitos:

O direito processual civil consiste no sistema de princípios e leis que regulamentam o exercício da jurisdição quanto às lides de natureza civil como tais entendidas todas as lides que não são de natureza penal e as que não entram na órbita das jurisdições especiais. (SANTOS, 2007, p. 15).

Ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo, em face de uma pretensão civil, entendida esta como toda aquela cuja decisão esteja fora da atuação da jurisdição penal, penal militar, do trabalho e eleitoral. (FILHO, Vicente Greco, p. 66).

Ainda, Misael Montenegro Filho conceitua com singularidade acerca do tema:

O direito processual civil, inserido no ramo do direito público (ao lado do direito constitucional, do direito administrativo, etc), refere-se ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam a jurisdição, a ação e o processo, criando a dogmática necessária para permitir a eliminação dos conflitos de interesses de natureza não penal e não especial. (FILHO, Misael Montenegro. 2008, p. 5).

Por fim, uma vez munidos dessa - ainda que breve - aproximação conceitual sobre os temas, é possível adentrar ao estudo sobre o papel do judiciário na efetiva pacificação social.

2.2 O Papel do Judiciário Perante a Norma Hostilizada: Visão Processual de Solução de Conflitos.

Sob a ótica processual, a solução de conflitos se desenvolve de forma regulada e cronológica, obedecendo a disposições legais que estão sistematizadas, ou seja, dispostas expressamente na legislação processual.

Em outras palavras, tão logo se instaure a situação conflitante entre dois ou mais indivíduos, fazendo convergir os interesses de ambos, nascerá a pretensão que um buscará exercer contra o outro, visando efetivar seu direito material.

Como já mencionado, uma vez vedada a autotutela e o emprego de força física para resolução do conflito e restando infrutífera a tentativa de autocomposição amigável entre os litigantes, surge a necessidade de, por meio de profissional habilitado com capacidade postulatória (a saber, o advogado), ingressar em juízo pleiteando a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, seguindo a ordem cronológica do processo e, ainda, de acordo com a recente alteração do Código de Processo Civil, a parte iniciará a provocação da máquina judicial, até então inerte, com petição inicial apta, instruída com todos os documentos indispensáveis para a propositura da ação, conforme dispõem os artigos 319 e 320 do NCPC, sob pena de indeferimento da inicial (art. 321, parágrafo único e art. 330 do NCPC).

Tão logo distribuída e considerada pelo juiz como formalmente em ordem, será proferido despacho designando data para audiência obrigatória de conciliação (art. 334, NCPC) ou, caso autor e réu expressamente manifestem desinteresse pela realização desta, o réu será chamado a apresentar resposta ao pedido do autor, possibilitando-lhe a formulação de contestação dentro do prazo legal, como preconiza o art. 335 do mesmo diploma legal.

Contudo, faz-se a ressalva de que, muito embora a ação já se considere proposta depois de realizada sua distribuição, somente produzirá efeitos com relação ao réu após a realização de citação válida, como institui o art. 312, NCPC.

Porém, a simples distribuição da ação ajuizada pela parte já é circunstância que dá forma ao instrumento pelo qual o juiz irá compor o litígio, denominado processo.

A partir de então, o processo começa a se desenvolver, atravessando a fase saneadora, em que serão corrigidos eventuais vícios sanáveis, ultrapassando a fase instrutória, onde serão coligidos aos autos os elementos de prova que atuarão na formação do convencimento do magistrado que, via de regra, com base em cognição exauriente, analisará o mérito e finalmente julgará o pedido do autor na fase conhecida por decisória, prolatando sentença e concretizando a prestação jurisdicional.

2.3 Conceito de Processo, Tutela Jurisdicional e Delimitação do Recorte Metodológico

Logicamente, importa considerar que o processo deve se ater aos fundamentos do Estado Democrático em que vivemos, pois consiste em instrumento a serviço da ordem constitucional, não sendo crível se distanciar de seus pilares.

Isso é o mesmo que dizer, em outras palavras, que o processo deve, necessariamente, remeter os litigantes a resultados práticos, visando efetivar justiça, segurança jurídica e, por fim, a tão almejada pacificação social.

Destaca-se, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

Verificada a crise no plano do direito material, resultante da não atuação espontânea da vontade concreta da lei, quer em razão do litígio, quer porque o próprio legislador impede a autoaplicação da regra, a situação é

trazida para exame da atividade estatal destinada a solucioná-la. Com a proibição da autotutela, permitida só em caráter excepcional, e ressalvados os meios alternativos de solução de controvérsias previstos pelo ordenamento, a atuação coercitiva da regra substancial e a pacificação dos litígios são atividades típicas do Estado, que age mediante órgãos que compõem a função jurisdicional. (BEDAQUE, 2010, p. 41).

Forçoso compreender que, para que seja possível atingir o fim almejado pelas partes que buscam a atuação estatal, com a consequente prestação da tutela jurisdicional, a jurisdição necessariamente se vale de regras predeterminadas.

Em outras palavras, significa que o método utilizado pelo ente estatal para efetivação da regra material, bem como prestação da tutela pretendida pelas partes, é sistematizado pelo legislador, que estabelece todo o caminho a ser percorrido, viabilizando igualdade de condições entre os sujeitos e a devida participação de cada um de forma apta a influenciar no convencimento do juiz, possibilitando, assim, uma real e consistente influência no resultado do processo.

Desse conjunto de regras predeterminadas e sistematizadas em um código de maneira organizada pelo legislador é que decorre o instrumento de que se vale o ente estatal para cumprir sua missão de pacificação social, que comumente conhecemos como *processo*.

Ademais, é importante citar que o processo, além de ser constituído por atos de singular importância, deve observar a regular prática das situações jurídicas criadas dentro desse instrumento, zelando pela validade e eficácia de todo o caminho percorrido na busca pela tutela jurisdicional.

Merecem destaque, como principais atos que compõem o processo, a demanda, a citação do réu e a sentença de mérito. Isso porque, como já visto anteriormente, o processo se concretiza por meio da petição inicial, momento em que o autor além de expor sua pretensão, provocará a máquina estatal, dando azo ao nascimento da demanda. Por conseguinte, a citação válida oportunizará o contraditório ao réu, na medida em que este tomará conhecimento do assunto que lhe é oposto, bem como poderá manifestar-se de forma contrária, apresentando resposta à pretensão do autor.

Por fim, consigne-se que após toda a devida manifestação processual de ambas as partes que compõem o litígio, incumbe ao Estado-Juiz, exercendo sua função natural, avaliar tudo quanto lhe fora apresentado e fornecer a resposta

adequada, ou seja, chega o momento da prestação da tutela jurisdicional que as partes tanto aguardavam durante o processo.

Quanto a isso, pertinente mencionar outra lição:

Processo nada mais é, pois, que um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução de litígios. Pretende-se seja adequado aos fins a que se propõe. Participam dele o próprio Estado e as pessoas de alguma forma envolvidas na controvérsia. Estes sujeitos passam a se relacionar, praticando atos segundo a ordem e os modelos previamente previstos na lei. (BEDAQUE, 2010, p. 36).

Evidencia-se, portanto, o pensamento de que o processo deve ser adequado aos fins a que se propõe. É dizer, o direito processual consiste em ferramenta a serviço do direito material.

Por conseguinte, é possível afirmar com veemência que o direito material é o responsável por estabelecer e alicerçar as regras do direito – de uma forma geral –, entre as pessoas.

Isso porque, conforme tudo quanto já foi elucidado, a situação excepcional é que um conflito de interesses seja resolvido de forma espontânea entre os indivíduos. Logo, é a partir do direito material, erigido pelo confronto de pretensões, que se instaura a situação litigiosa, originando a lide e levando o caso até o judiciário em forma de ação processual.

Nesse sentido, corroborando o entendimento acerca da existência de uma ordem maior regendo o processo, se manifesta Cândido Rangel Dinamarco:

Na realidade, é dúplice a relação entre o processo e o direito. Em primeiro lugar, como é natural em regime de legalidade, o processo se rege por normas de direito, as quais ditam o modo como a jurisdição se exerce e o processo se realiza; com isso, reduzindo as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos. Não é disso que se fala, todavia, quando se alude ao binômio direito-processo: pensa-se, então, nos modos como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior. (DINAMARCO, 2008, p. 213).

Bem por isso é que foi construída a ideia de que o processo deve atender os fins aos quais se destina, sendo o principal deles a pacificação social, atendendo à diversidade de situações encontradas na vida real, bem como fornecendo as soluções correspondentes.

Porém, é imprescindível a avaliação feita com cautela dos assuntos ligados à observância das normas processuais aplicadas aos casos concretos, porque se de um lado estão previstas para garantir tratamento igualitário entre as partes, de outro não devem ultrapassar o limite de forma a tornarem-se o oposto do que se prega com a efetivação do processo.

Basicamente e em palavras simples, não é muito difícil e nem demanda maiores estudos concluir que o formalismo exagerado tende a contrariar o escopo do processo na pacificação social.

Quanto a isso, cabível mais uma vez os dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque:

Aqui, assume grande importância o papel do processualista. É fundamental que ele consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para evitar que a estrita observância daquele não comprometa estes. Não deve o processo ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelo objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. (BEDAQUE, 2010, p. 45).

Esse contexto traz a tona a notável doença que acomete o fenômeno do formalismo exagerado e macula a situação concreta e o correspondente direito material a ser tutelado.

Permite a conclusão, portanto, de que o destaque e enfoque devem ser direcionados aos objetivos do processo e, em decorrência de referidos objetivos é que devem ser analisados e aplicados os formalismos e o conjunto que compreende a técnica processual.

A partir dessa perspectiva, surge o temido obstáculo, conhecido até mesmo pelos leigos no assunto, responsável por fulminar diretamente o bom e eficaz andamento da marcha processual: a famigerada morosidade.

Entretanto, é preciso ter cautela.

Esse tema apresenta peculiaridades que invocam a necessidade de observá-lo através de diversas perspectivas, sob pena de solucionar alguma questão problemática em detrimento de outras.

Em um primeiro momento, insta considerar que em uma extremidade está o intuito de atingir os objetivos do processo de forma satisfatória, o que decorre

logicamente da aplicação correta dos formalismos previstos pelo legislador no Código, que constitui a outra extremidade da equação.

Dessa forma, o raciocínio mais aceitável prega o combate à demora exagerada dos processos, ocasionada em grande parte pela deficiência que acomete a estrutura do Poder Judiciário, mas também em razão do acesso à justiça – princípio constitucional amplamente assegurado –, que instiga cada vez mais ao aumento considerável de proposição de demandas.

Este último não deve ser criticado negativamente. É óbvio que não se deve negar o amplo acesso à justiça aos indivíduos, uma vez que é tema abrigado pela Constituição Federal e, conseqüentemente, é pilar que constitui o solo sobre o qual se firma todo o sistema processual vigente.

Em segundo momento, esse fenômeno que retira a eficácia dos processos está intimamente ligado também à segurança jurídica. Ou seja, não é recomendável que os esforços em solucionar a morosidade causem lesões à segurança que norteia a atuação das partes litigantes.

Percebe-se, desde logo, que o ápice dessa problemática consiste em encontrar e manter o equilíbrio entre essas duas vertentes, pois na medida em que segurança e celeridade processual caminham de mãos dadas, é possível chegar ao fruto do direito material.

É fundamental consignar que não se pode sacrificar princípios constitucionais valiosos para o processo, que visam garantir a segurança e legalidade, pura e simplesmente em decorrência desse princípio.

Essa lógica é demonstrada na obra de Bedaque que, mais uma vez, se mostra pertinente:

Entre várias alternativas existentes com vistas à redução da morosidade, propõe-se o reexame da técnica processual, que deve ser tratada com plena consciência de seus objetivos. É preciso compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo. O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. (BEDAQUE, 2010, p. 51).

A par dessas perspectivas desponta outra problemática a ser analisada, consistente na utilização desenfreada das normas de preclusão que, na pior das hipóteses, acaba por conferir à parte aquilo que não resultou efetivamente

comprovado, atribuindo o direito material de forma irreverente e, principalmente, distanciando-se da prestação de tutela efetivamente justa.

Portanto, patente a noção de que deve haver equilíbrio, durante o deslinde da marcha processual, a fim de preservar a celeridade sem retirar a efetividade da medida, solucionando os conflitos com justiça e singularidade, pois convencidos estamos de que a vivência em sociedade origina mais situações do que o legislador é capaz de prever e regular.

Sendo assim, possível afirmar, de maneira concisa, que a trajetória percorrida com o fim de atingir os direitos materiais pretendidos pelas partes – que é o processo –, é permeada por regras referentes ao rito utilizado e demais formalidades.

Contudo, é de grande valia considerar a inserção de valores e princípios que visem diminuir o impacto negativo causado pela burocracia processual nas situações concretas vivenciadas pela coletividade, para que o instrumento estatal possa concretizar a promessa de prestação de tutela jurisdicional justa.

Dessa forma, o que se busca é concretizar o chamado formalismo moderado, que atenda aos objetivos inerentes ao processo, traduzidos na solução satisfatória dos conflitos de interesse, na medida em que proporciona a relativização de normas que se mostrem desnecessárias ou não ocasionem prejuízos a qualquer das partes ou à legalidade do processo.

Tais constatações, aplicadas no dia a dia do Poder Judiciário, promoverão a minoração do caráter protelatório e da morosidade que circunda os procedimentos judiciais e macula a esperança de celeridade e efetividade.

Não é demais mencionar também que o engessamento do procedimento retira o intuito que o próprio constituinte manifestou ao preconizar, na Constituição Federal, fatores que elevam o processo a um patamar de estado ideal, ou seja, a contribuição que este pode (e deve) gerar para que se estabeleçam posturas melhoradas do direito e novas maneiras de pensar e encarar situações fáticas, conferindo eficiência à medida.

Imperioso formular que tanto as partes, quanto o magistrado responsável pelo julgamento do litígio levado a juízo em forma de ação, são coprotagonistas desse contexto em que a preocupação deve ser, em um primeiro momento, com relação ao fim essencial do processo – o direito material – e, em

segundo plano, à aplicação do formalismo moderado das formas e ritos positivados na Constituição e também na legislação infraconstitucional.

Em outras palavras, de forma transparente, a lide deve ser resolvida de maneira satisfatória e a tutela jurisdicional prestada com justiça, mas sem perder de vista, logicamente, a celeridade e eficiência processual.

3 SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

Superadas as análises que levam à compreensão das premissas concernentes ao conceito e características do processo propriamente dito, torna-se mais inteligível discorrer sobre o conteúdo e classificação relacionados ao termo procedimento.

Isso porque é somente a partir da conceituação que se afigura possível extrair a evidente relevância e prestígio do procedimento responsável por veicular cada tipo de ação no âmbito cível.

A essa altura e conforme já explanado anteriormente, parece inquestionável a assertiva de que o procedimento é fundamental para que o processo se materialize.

Bem por isso é que a visão estampada pelo Direito Processual traduz uma lógica em que a preocupação primordial consiste nos resultados a serem produzidos no plano material.

Assim, tão logo admitimos que a mera existência de tais resultados não basta, pois carecem de eficácia, revela-se a importância da concepção de um modelo procedimental flexível.

Em outras palavras, cuida ser entendimento assente entre os estudiosos que pouquíssimo se aproveita de um procedimento rígido, único, que não se adapta ou amolda aos contornos das situações concretas.

Essa é a razão pela qual, por vezes, permite-se a tomada de providências diferenciadas a depender da complexidade, amplitude e peculiaridades que revestem o conflito de interesses equivalente ao caso concreto em análise.

Referida importância, contextualizada nos moldes da prestação jurisdicional válida e apta aos fins de pacificação, merece ser salientada nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

Em suma: o instrumento precisa ser eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários. Isso porque não se admite a utilização da força pelos interessados. O Estado deve, pois, apresentar um meio idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano substancial. (...) Tutela jurisdicional justa é aquela que represente ideal adequação dos fatos à norma que os discipline. Sem dúvida, é preciso que a tutela jurisdicional seja o meio apto

a atender às necessidades decorrentes de cada situação da vida, isto é, de direito substancial. (BEDAQUE, 1997-2001, p. 56/57).

Portanto, restam cabalmente demonstradas as razões pelas quais o estudo pormenorizado acerca desse tema se mostra imprescindível à preparação do cenário em que se desenvolverão as considerações referentes às normas de preclusão.

3.1 Considerações Iniciais Sobre Procedimento e Suas Características no Processo Civil Brasileiro

Conforme já elucidado anteriormente, a principal característica prática do processo pode ser traduzida basicamente pela ideia que diz respeito à possibilidade fornecida ao indivíduo em ter seu conflito de interesses satisfatoriamente resolvido.

É dizer, o processo adquire característica de instrumento da jurisdição e, por conseguinte, numa decorrência lógica, tem-se o procedimento que, em síntese, exprime metodologia predeterminada em lei para auxiliar no atendimento às pretensões deduzidas em juízo.

Acerca da matéria, pertinente salientar a explicação de Humberto Theodoro Junior:

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimento. (JUNIOR, Humberto Theodoro, 2006, p. 364).

Em outras palavras e de modo extremamente simplificado, significa dizer que a forma pela qual o processo tramita, o rito segundo o qual caminha, serão sempre determinados pelo procedimento.

Corroborando referido entendimento, os estudiosos e demais operadores do direito asseveram que, para cada tipo de ação prevista deve haver rito processual – leia-se, procedimento – adequado para satisfazer as indispensabilidades impostas em todo e qualquer trâmite processual.

A elucidar tais ponderações, registrem-se os conceitos estabelecidos por Misael Montenegro Filho e Ernane Fidélis dos Santos, os quais guardam conveniente semelhança entre si:

A essa sucessão de atos que representa a forma como o processo se desenvolve, atribuímos a denominação de procedimento. (FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Atlas: 2005, p. 189).

(...) Tal soma de atos permanece apenas com a ideia de forma e movimentação e chama-se procedimento. (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1: processo de conhecimento, 11 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2006, p. 25.

Logo, imperioso admitir que o procedimento decorre naturalmente da ação, vez que tem por desígnio algo essencial, consistente na sistematização dos atos processuais.

Bem verdade que o processo, sendo o instrumento que é, possui forma constituída em lei predeterminando a prática de atos e faculdades que constituem a relação jurídica. Sendo assim, razoável assegurar que a forma reivindica um ritmo que inspire seu movimento, revelando a funcionalidade do procedimento.

Portanto, possível sintetizar toda a explanação sustentando que, se o procedimento é responsável por organizar a sequência de atos processuais, desvendando e estipulando todas as fases pelas quais obrigatoriamente passará, soa não apenas lógico, mas totalmente relevante declarar que o procedimento constitui a sistematização do processo.

Então, uma vez estabelecida a distinção entre os termos, contemplamos que, muito embora ambos tenham definições e objetivos distintos no âmbito do Direito Processual Civil, encontram-se atrelados, uma vez que o processo exprime encontrar seu alicerce no procedimento.

Nessa esteira, pende o questionamento acerca do procedimento comum, ora em análise, investigando-se acerca de sua capacidade em alcançar o fim a que se propõe: a pacificação social.

De antemão, consigne-se que depois de superadas as indagações referentes ao processo na solução dos conflitos de interesses entre os particulares, se faz necessário reforçar as indagações no âmbito do procedimento, questionando

se este se mostra adequado às inúmeras e variadas situações práticas vivenciadas pelos indivíduos em seu cotidiano.

Importante frisar, ainda, que o Novo Código de Processo Civil extingue a figura do procedimento sumário, de maneira que o procedimento comum passa a ser único, já que não mais comporta as subdivisões em sumário e ordinário.

Ou seja, remanescem apenas dois caminhos, a saber, o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis, que se destina para as causas de menor complexidade, enquanto as demais se submeterão ao rito comum.

Ora, certo é que o procedimento comum possui como característica principal a ampla instrução probatória, justamente visando o alcance da prestação judicial eficaz e, com isso, atingindo o fim de pacificação social inicialmente proposto.

Consigne-se que, mesmo considerando a recente mudança no âmbito dos procedimentos, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco ainda se mostram demasiadamente válidas:

Ordinário é o procedimento de aplicabilidade geral a todas as causas para as quais a lei não determine aplicação de algum outro. A lei indica os casos de procedimentos especiais e os de procedimento sumário, mas nenhum Código de Processo Civil ou qualquer outra lei contém o rol de causas sujeitas ao ordinário, justamente porque a ele se chega sempre por exclusão (critério residual). (DINAMARCO, 2004, p. 345).

Esse conceito, repise-se, muito embora defasado no que concerne ao desaparecimento do procedimento sumário do Código de Processo Civil, exprime valiosa lição acerca do procedimento ordinário em si.

Significa dizer que, em suma, o procedimento em tela cuida ser o mais aplicado, eis que, em havendo ausência do Código na determinação a respeito de qual procedimento deve ser utilizado, entende-se que o adequado será o procedimento comum ordinário.

Ressalvados os demais requisitos, o procedimento comum é aplicado de forma geral, por tratar-se do rito mais completo – ainda que mais demorado –, de modo que possui sua aplicabilidade restrita à forma subsidiária quanto às demais espécies de procedimentos, naquilo em que forem omissos.

Portanto, o entendimento transcrito acima nos permite compreender que o procedimento comum ratifica o seguinte pensamento: nos casos em que não

houver adequação da causa aos requisitos previstos para os procedimentos especiais ou procedimento sumaríssimo, o trâmite deverá observar, então, o procedimento comum, tido por padrão.

A par disso, parece importante colacionar os esclarecimentos feitos por José Frederico Marques:

Procedimento ordinário é aquele em que o juiz decide a lide por meio de cognição completa, e em que as partes discutem o litígio amplamente. Nele, o devido processo legal encontra a mais dilatada de suas formas procedimentais e aquela que melhor propicia a reconstituição completa dos fatos, bem como os debates em torno das várias facetas do litígio. (MARQUES, 2003, p. 32).

Logo, uma vez que o procedimento comum baseia-se em cognição exauriente, parece inquestionável que este cuida ser o rito processual mais utilizado, complexo e de maior duração, visto que em seu bojo admite-se a prática de variados e infundáveis atos processuais, já que todas as provas podem – em tese – ser ali apresentadas e discutidas.

Diz-se com segurança, portanto, que o procedimento comum constitui o padrão do Novo Código de Processo Civil, tal qual fora no Código já revogado.

Para o fim a que se destina o presente trabalho, muito pertinente se mostra a lição exposta por Humberto Theodoro Junior:

O procedimento ordinário é o mais completo e o mais apto à perfeita realização do processo de conhecimento, pela amplitude com que permite às partes e ao juiz pesquisar a verdade real e encontrar a justa composição da lide. (JUNIOR, Humberto Theodoro, 2006, p. 366).

Nessa linha, necessário mencionar a correlação que se vislumbra entre as características principais do procedimento comum e o fim a que se destina o processo em si, a saber, culminar na eficácia tão reclamada pelas diretrizes da pacificação social.

Acerca do tema, transcrevo brilhante ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque:

(...) a jurisdição acaba sendo importante fator de pacificação social, visto que o desenvolvimento de sua atividade tende a colocar fim às situações litigiosas, que, por sua vez, configuram situações de rebeldia às regras necessárias à própria sobrevivência da sociedade. (...) Esse resultado, todavia, somente é alcançado quando a jurisdição atinge eficaz e

efetivamente seus escopos. Com vistas a esse objetivo é que o legislador tem ampliado substancialmente os meios processuais de proteção aos interesses da sociedade. A conscientização das necessidades verificadas no plano material, conforme já visto, gerou determinados instrumentos específicos de natureza processual. (BEDAQUE, 1997-2001, p. 58/59).

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio:

De qualquer forma, a efetividade do processo depende fundamentalmente da correspondência entre a forma e a realidade. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997-2001, p. 59).

Conforme tudo quanto elucidado anteriormente, repise-se o fato de que o procedimento comum, justamente por ser o mais complexo, é também o procedimento que comporta o maior número de atos processuais.

Assim, bem verdade que o indivíduo, esperando ver seu conflito de interesses resolvido de maneira rápida, acabará por experimentar sentimentos de frustração ante as peculiaridades impostas pelo rito ordinário.

Porém, imperioso considerar que essa amplitude exibida pelo procedimento comum é o fator que permite às partes e ao juiz perquirir em busca da verdade real, manifestando a solução eficaz do conflito, a justa composição da lide.

O procedimento comum possui, em sua estrutura, fases lógicas que devem ser seguidas para efetivar os princípios fundamentais atinentes ao tema e também para garantir seu regular desenvolvimento. São elas: fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória.

Por óbvio, a observância do regular processamento dos atos no âmbito do rito ordinário se mostra imprescindível, eis que somente quando reconhecida a importância do trâmite mais demorado e amplo é que referido procedimento deixa de ser apenas um “obstáculo” à obtenção da tutela pelo particular, para tornar-se um instrumento de efetiva pacificação social em favor da coletividade.

É nesse pilar que se encontra embasado o questionamento acerca da real possibilidade de a figura do magistrado adequar o procedimento, que é amplo e demorado, às condições do caso concreto.

Esta é uma das facetas que compõem o ponto crucial da análise a que se presta o presente estudo, já que somente haverá prestação de tutela jurisdicional justa e eficaz, apta a solucionar cada conflito que se apresenta ao judiciário, quando

devidamente observadas e seguidas as fases processuais do procedimento padrão e amplo que é o procedimento comum.

Dessa maneira, possível compreender a suma importância do procedimento ordinário frente aos objetivos de pacificação que norteiam o processo, conforme explanação realizada no capítulo anterior.

Importância esta que ressalta a problemática vivenciada pelo poder judiciário frente aos sujeitos que atuam na condição de partes nas demandas quando não há a devida adequação do procedimento às condições peculiares que cada caso apresenta.

Com base nessa premissa é que galgaremos ao estudo detalhado quanto ao instituto da preclusão processual.

3.2 Preclusão: Conceito, Características e Efeitos

Inicialmente, antes de adentrarmos ao estudo acerca das normas de preclusão processual e seus derivados, vale a ressalva de que tal estudo parte das premissas concernentes à análise da coisa julgada.

Ocorre que o esforço em diferenciar o campo de atuação e incidência de ambos acaba, de certa forma, os aproximando. Porém, isso não significa que os institutos sejam semelhantes ao ponto de se confundirem e essa consideração, embora trivial, merece destaque.

Importa considerar que a doutrina tem cuidado de analisar exaustivamente os traços da preclusão desde o início do século XX e, de forma praticamente unânime, atribuem a Giuseppe Chiovenda a delimitação do instituto.

Sendo assim, a sistematização do estudo relativo ao instituto da preclusão decorre principalmente do trabalho realizado por Chiovenda, mestre italiano responsável por desenvolver as premissas básicas acerca do tema. O ponto de partida que viabilizou a delimitação das bases e pilares desse instituto foi, como já mencionado, o estudo sobre a coisa julgada.

Logo, podemos dizer que, a princípio, o conceito inicial de preclusão foi traçado de maneira superficial, eis que ainda se encontrava demasiadamente atrelado ao conceito de coisa julgada formal. Somente depois de algumas produções é que Chiovenda dedicou-se a abordar os conceitos de ambos os institutos para,

então, diferenciá-los, porém, neste momento ainda não havia estabelecido as modalidades/classificações.

Assim, de maneira simplificada, ambos os institutos estão ligados à ideia de segurança jurídica e estabilidade processual, à medida que dispõem que o objeto daquilo que já foi decidido/praticado não mais poderá ser enfrentado.

A principal diferença, por sua vez, reside no fato de que a preclusão é instituto endoprocessual, que pressupõe um processo em andamento, enquanto a coisa julgada cuida ser instituto extraprocessual, que se destina justamente a regular questões havidas após o término do processo.

O momento é oportuno para revelar que somente contornos da coisa julgada que eventualmente forem necessários para a análise da preclusão serão tratados no presente trabalho.

Nesse sentido, transcrevo lição do brilhante doutrinador Heitor Vítor Mendonça Sica:

Por ora, contudo, fiquemos com a concepção largamente aceita de que o termo preclusão refere-se tanto às atividades das partes quanto às decisões tomadas no curso da relação processual, deixando de lado, aqui, maiores considerações sobre a coisa julgada (cujos efeitos preclusivos operam ao final do processo e, eventualmente, são projetados para fora dele). (SICA, 2008, p. 7).

A par disso, afirma-se que a distinção acima mencionada entre preclusão e coisa julgada foi delineada, juntamente com os principais contornos daquele instituto, por Chiovenda ao longo de suas diversas produções bibliográficas.

Antes, porém, de adentrar ao estudo acerca das definições e conceituações do instituto da preclusão, conveniente lançar mão, novamente, das origens do termo processo.

Como já explanado, esse termo deriva diretamente do verbo latino *procedere* que, por sua vez, traduz a ideia de “seguir adiante”, “marchar avante”.

Nas palavras de Antônio Alberto Alves Barbosa:

De acordo com sua origem latina, a palavra processo significa caminhar, ir para adiante, avançar. Ora, a preclusão, evidentemente, garante a *irreversibilidade* do processo, que tem de seguir, ir para a frente, não podendo tornar ao que passou. Poderíamos então dizer que a preclusão é o *instituto que impõe a irreversibilidade e a autorresponsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou*

quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente. (BARBOSA, 1994, p. 52).

Percebe-se, logicamente, que tal vocábulo está intimamente ligado à ideia de que os atos processuais constituem uma cadeia sequencial que visa propiciar cenário regular em que o conflito de interesses possa ser satisfatoriamente solucionado, culminando na correta prestação da tutela jurisdicional.

O mesmo entendimento, nas palavras de Heitor Vitor Mendonça Sica:

Assim, inobstante as históricas divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica do processo e do procedimento, está intrinsecamente relacionada a elas a ideia de uma sequência de atos, praticadas pelos seus três sujeitos (autor, réu e juiz), que, ordenados, destinam-se à prolação de um pronunciamento final, por meio do qual o magistrado porá fim à controvérsia que lhe foi trazida a julgamento (se todos os requisitos para tanto se mostrarem presentes). (SICA, 2008, p. 6).

Oportuno também analisar os dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, que leciona com propriedade acerca do tema:

Etimologicamente, processo significa *marcha avante* ou *caminhada* (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 2010, p. 301).

Consequentemente, a marcha regular do processo de que tratamos requer, primeiramente, o sujeito processual competente por impulsioná-la, desde a peça vestibular que inicia as alegações das partes, passando pela fase instrutória, até final decisão.

Necessário também fixar, em determinados momentos, limites responsáveis por impor às partes o modo e tempo com que poderão exercer os atos processuais que compõem seus ônus e faculdades.

Nesse sentido:

Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento

dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de “preclusão” (...). (CHIOVENDA, 1965, p. 155/157).

Por conseguinte, referidos limites deverão fixar a premissa de que a partir daquele ponto não mais será permitida a rediscussão daquela matéria, para que seja possível atingir o término da discussão processual, com a consequente decisão judicial final, revestindo-a de imunidade a fim de que se torne imutável a ataques posteriores emanados pela parte vencida.

3.2.1 Conceito

Como já explanado, muito embora exista vasta gama de conceitos formulados pelos mais diversos doutrinadores, forçosa a citação da definição estruturada pelo brilhante jurista italiano Giuseppe Chiovenda, eis que, como já mencionado, além de haver sido o primeiro a se debruçar sobre o tema, seus ensinamentos são seguidos por parcela significativa da doutrina.

O entendimento extraído das lições de Chiovenda nos remete ao fato de que preclusão nada mais é do que a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual justamente porque os limites fixados pela lei para seu exercício já foram alcançados ou exauridos.

Nos dizeres de Ernane Fidélis dos Santos:

A preclusão garante a segurança dos processos, fazendo com que não se eternizem, em repetições constantes. (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 15ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 738).

Diretamente interligada às noções de ônus processual, a preclusão consiste em faculdade conferida às partes para a prática ou inércia com relação aos atos processuais, sendo que esta última é responsável por ocasionar consequências desvantajosas ao sujeito que permaneceu inerte.

Para contextualizar o pensamento, transcrevo exemplo prático extraído das lições de Ernane Fidélis:

O recurso é meio específico para impugnar decisões judiciais. Outros meios, contudo, existem, como é o caso do mandado de segurança e da ação rescisória. (...) Sendo direito e não obrigação, o recurso é faculdade.

Mas faculdade que se revela como verdadeiro ônus processual, já que, se não exercida, pode fazer precluir a decisão e provocar a formação de coisa julgada. (SANTOS, 2011, p. 749).

Em complementação a essa ideia, entendemos por “limites” fixados pela lei as seguintes situações: a inobservância dos rigores assinalados pela lei para o exercício de determinada faculdade processual; a realização de alguma prática que se mostre incompatível com o exercício da faculdade pretendida; e, por fim, o exercício válido da faculdade em análise.

Bem verdade que o conceito acaba por não englobar todas as possíveis situações em que se verificaria a existência do instituto, logo, há quem diga que o conceito deve ser analisado de maneira mais ampla do que as situações citadas revelam.

Isso porque necessário se faz levar em consideração que a preclusão atinge não apenas as partes em suas faculdades processuais, como estão os operadores do direito acostumados a ver, mas atinge também o juiz acerca daquilo que já foi decidido.

Importante destacar também que esse cenário oportuniza que vislumbremos a proximidade entre o instituto da preclusão e o princípio da eventualidade. Todavia, embora guardem estritas semelhanças entre si, ambos não podem jamais ser tratados como sinônimos e confundirem-se.

Sinteticamente, é possível dizer que a diferença entre os institutos reside na morada que o princípio da eventualidade estabelece na fase instrutória, limitando-se a atuar entre petição inicial e contestação, enquanto a preclusão não fica restringida a nenhuma fase do processo, mas prolonga-se por todo seu curso.

A elucidar essa ponderação, possível afirmar que a preclusão sempre acompanha o princípio da eventualidade. Porém, a recíproca não é verdadeira à medida que, embora ausente este, é possível que se opere aquela.

Por fim, merece destaque o fato de que a preclusão, em sendo o instituto disciplinador que abriga a eficiência do processo, na verdade funciona como ordem/imperativo, da qual decorre a necessidade de que os atos e faculdades pertinentes ao procedimento escolhido, a serem exercidos no curso do processo, necessariamente deverão obedecer as regras de momento e forma que se mostram adequadas, exaltando, dessa maneira, a prestigiada ordem processual.

3.2.2 Natureza jurídica

Primeiramente, a preclusão se apresenta como instituto de caráter especialmente processual, cujos efeitos recaem unicamente sobre o processo em que atua.

Em segundo momento, as normas que compõem e estabelecem a preclusão possuem a qualidade de obrigatoriedade e, além disso, edificam-se em solo de caráter público.

Isso porque referidas normas são responsáveis por garantir igualdade de direitos entre as partes litigantes, pois se baseiam na necessidade de que todos os atos/faculdades processuais devem ser praticados obedecendo a critérios de forma e tempo, ou seja, resguardadas as maneiras apropriadas, a fim de se preservar a ordem e lógica processuais.

Importa considerar também que se atribui ao instituto em análise certa característica sancionatória. Ora, parece inquestionável que o impedimento ao exercício de alguma faculdade ou ato processual em virtude do decurso de prazo ou, ainda, em decorrência de alguma prática com ele incompatível, deságuam na figura de uma penalidade.

3.2.3 Classificação

Os pontos explorados até o momento somente reforçam que o conceito – tanto aquele elaborado por Giuseppe Chiovenda, seguido de posterior complementação, como aqueles editados por outros tantos doutrinadores – oferece margem para que a preclusão seja subdividida em espécies, oportunizando classificação em três modalidades.

Consigne-se, desde logo, que cada uma das espécies traduz uma hipótese distinta em que a preclusão se verifica. Ou seja, a peculiaridade de cada situação é que torna possível destacar três modalidades diversas.

Desde logo, merece atenção o fato de que as duas primeiras espécies são direcionadas às atividades das partes no processo, enquanto a terceira também incide sobre os poderes exercidos pelo magistrado.

Válido reforçar, conforme já dito anteriormente, que a classificação tripartida provém dos ensinamentos e sistematização realizada pelo próprio Chiovenda quando se debruçou sobre o tema.

Identificou três modalidades a partir de três situações distintas, outrora mencionadas: inobservância de ordem assinalada em lei para o exercício da faculdade; realização de ato incompatível com a prática de determinado ato; e, por fim, o exercício válido da faculdade ou ato processual.

Em consonância com tal entendimento, adota-se a teoria tripartida para designar as espécies de preclusão em lógica, temporal e consumativa.

A preclusão, em sua modalidade lógica, diz respeito à extinção da possibilidade de praticar ato processual em função da incompatibilidade deste com outro anteriormente praticado.

Para contextualizar essa questão, certo é que se o indivíduo que figura como réu em uma ação de despejo por falta de pagamento purgar a mora, preclusa estará sua possibilidade de contestar a ação.

Por sua vez, a espécie temporal da preclusão está intimamente ligada à tempestividade dos atos praticados.

Significa dizer que a parte verá extinto seu direito de praticar determinado ato processual quando deixar transcorrer *in albis* o prazo fixado pela lei processual para seu exercício.

A exemplo disso, possível citar o decurso do prazo legal para oferecimento de contestação ou eventual recurso referente a alguma decisão proferida.

Por fim, a terceira modalidade atende pelo nome de preclusão consumativa e deriva especialmente do consagrado princípio *non bis in idem*.

Referida espécie nada mais é do que a impossibilidade de emendar, reduzir ou realizar novamente determinado ato, conquanto já tenha sido praticado de forma válida, independentemente de haver ou não produzido êxito e efeito esperado pela parte, eis que com a validade da prática há o esgotamento do ato.

Além da diferença já citada que as duas primeiras modalidades possuem em relação à terceira – no que se refere à incidência da preclusão consumativa também sobre os poderes do juiz –, possível citar também o caráter impeditivo daquelas se comparado ao caráter extintivo desta.

É dizer, enquanto as modalidades temporal e lógica impedem a prática do ato – pelo decurso do tempo e incompatibilidade, respectivamente –, a modalidade consumativa extingue, pois, de certa forma, permitiu sua prática, independentemente da eficácia pretendida haver sido, ou não, atingida.

O momento também não poderia ser mais oportuno para a ressalva sobre a mudança que trouxe o Novo Código de Processo Civil acerca dos prazos processuais. Sempre que houver disposição em lei sobre prazos processuais em dias, não mais se utilizará a contagem de dias corridos, passando-se a adotar somente o cômputo dos dias úteis.

Tal mudança atinge diretamente a espécie de preclusão temporal, devido à sua estreita ligação com a tempestividade no exercício dos atos e faculdades processuais.

Logo, conclui-se que referida mudança promove certa elasticidade para a verificação do fenômeno da preclusão, sobretudo em se tratando da modalidade temporal.

3.2.4 Finalidade

Discorrer sobre a finalidade do instituto significa, principalmente, reforçar as premissas referentes aos objetivos do processo em si, como um meio de pacificação social, vez que deve atender às demandas trazidas a juízo e solucioná-las de maneira eficaz e célere.

A essa altura, a assertiva de que o processo deve se desenvolver de forma ordenada e lógica para que atinja seus objetivos, obedecendo às previsões legais para o desenvolvimento de atos em momentos e condições adequadas, já é algo poderosamente sedimentado em nosso pensamento.

Sendo assim, de maneira muito breve, válida a afirmação de que a preclusão opera influenciando a boa marcha processual. Ou, ainda, é possível dizer que o instituto reforça as premissas de segurança jurídica e preserva a acepção impulsionadora inerente ao processo.

Isso significa que a finalidade principal do instituto é preservar a segurança dos direitos das partes, bem como forçá-las, assim como ao juiz, a atuarem diligentemente, praticando os atos necessários para o deslinde do feito nos momentos e formas oportunas.

Impor um procedimento rígido entre as etapas que o compõem transforma o instituto em um poderoso e imprescindível instrumento de celeridade processual.

Por essa razão é que referido instituto opõe-se ao princípio da liberdade, segundo o qual as partes gozam da elasticidade que lhes permite a prática de atos e exercício de faculdades de acordo com sua própria vontade.

Ora, quase desnecessário dizer que um sistema que permite a elasticidade absoluta e irremediável também dá margem para a desordem processual, pois as partes estarão, na maioria das vezes, desprevenidas e suscetíveis a surpresas que podem ferir os direitos de ambos os lados.

Bem por isso é que o legislador achou por bem prever a ocorrência de um instituto que imprime precisão ao regular processamento do feito. Tal manobra impede que o processo se prolongue e beire o interminável, proibindo o retorno às fases já percorridas, concretizando a solução satisfatória do conflito e prestação da tutela jurisdicional pretendida em definitivo e da maneira mais célere possível.

Antônio Alberto Alves Barbosa leciona com singularidade acerca do tema:

Os processualistas de todo o mundo e de todas as épocas sempre buscaram o ideal de um processo em que a *simplicidade* impere e a *brevidade* pontifique, apresentando como corolário a *economia*. E isso porque só assim poderão ser devidamente restaurados os direitos inseguros, ameaçados ou violados e alcançada a segurança social. Já o notável Paula Batista assinalava que brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Simplicidade, brevidade e economia são, pois, as condições básicas das leis processuais. É bem de ver, todavia, que constituindo elas as condições técnico-jurídicas das leis processuais, têm que ser entendidas nos seus devidos termos, a fim de que não possam apresentar resultados negativos. (BARBOSA, 1994, p. 57).

É verdade que ordenamentos jurídicos diversos deste vigente em nosso país têm a liberdade de adotar o sistema que institui as regras de preclusão processual que mais corresponda às demais normas processuais.

Porém, não é possível evitar essa adoção, seja lá qual for a natureza do sistema que institui a preclusão, pois, caso contrário, não haveria meio de se efetivar um processo breve, eficaz e econômico.

Há, no entanto, forte posicionamento doutrinário no sentido de que o instituto, por vezes, se mostra falho e não obtém êxito em alcançar o escopo

proposto justamente porque, ao prezar pela celeridade processual, acaba distanciando-se demais da justiça das decisões.

É exatamente a exploração deste ponto o objetivo primordial deste trabalho. Será, no entanto, analisada em momento oportuno no qual será exposta a problematização que circunda a rigidez das normas de preclusão processual.

3.2.5 Efeitos

De início, consigne-se que o maior e mais importante efeito oriundo das normas de preclusão é a ineficácia que reveste o ato praticado após a verificação da ocorrência do instituto em alguma de suas modalidades.

É dizer, não produz qualquer efeito na relação processual o ato praticado depois de operada a preclusão.

Logicamente, não são todas as matérias as que se sujeitam aos efeitos do instituto. A exemplo disso, possível citar matérias que se referem às condições da ação e pressupostos processuais, imprescindíveis para o válido e regular andamento do processo.

Sob esse enfoque, válido mencionar que os efeitos da preclusão quanto aos poderes do juiz é tema que ainda desperta posicionamentos divergentes. Isso porque, muito embora a grande maioria defenda que todos os integrantes da relação processual – ou seja, partes e juiz – são atingidos pelos efeitos da preclusão, há parcela que prefere isolar referidos efeitos quanto ao órgão jurisdicional, isentando-o.

3.3 Preclusão sob a Ótica da Relação Jurídica Processual

Explorar o conceito, características, finalidades e efeitos da preclusão fornece o impulso necessário para compreendê-la como um instituto necessariamente inserido no contexto da técnica processual.

Isto é, a partir do momento em que a preclusão é assim considerada, tal fator alia-se ao entendimento partilhado pelos operadores do direito, doutrinadores, bem como pela própria sociedade, acerca de nutrir a existência simultânea de rapidez e eficácia no deslinde dos conflitos de interesse trazidos a juízo.

Referida premissa, responsável por fornecer respaldo e embasamento às normas procedimentais de preclusão, também eleva esse reconhecimento da preclusão como técnica processual a um nível em que o direito é visto como ciência social que deve acompanhar a evolução dos costumes e da sociedade como um todo.

Uma vez galgado esse patamar, o instituto da preclusão revela possuir característica importante para que, ao atingir os fins aos quais se destina, não se distancie da solução justa e eficaz na prestação da tutela jurisdicional. Estamos falando da flexibilização com que as normas de preclusão podem e devem ser aplicadas.

Ora, não haveria razão para se reconhecer o direito como ciência social caso não se pretendesse, em certas ocasiões, permitir alguns graus de flexibilização de determinadas normas processuais, a depender dos valores perseguidos prioritariamente conforme o caso concreto.

Consigne-se lição extraída dos ensinamentos de Antônio Alberto Alves Barbosa:

As condições da vida em sociedade e o próprio direito evoluem; este não pode permanecer estranho ao desenvolvimento e ao progresso das várias instituições e das relações que lhe cumpre tutelar. (BARBOSA, 1994, p. 55).

A grande questão é que a preclusão e todos os pilares que norteiam esse instituto se fazem presentes justamente para oportunizar o desenvolvimento satisfatório do processo, adequando-o para torná-lo apto a atingir seu objetivo de maneira célere e eficaz – diretamente relacionado com a pacificação social.

É justamente essa necessidade de possibilitar o regular andamento do processo, de acordo com tudo quanto elucidado até o momento acerca dos objetivos e finalidade do processo – pacificação social, celeridade, solução eficaz e justa prestação da tutela jurisdicional – que nos leva a pensar na pertinência de se operar certa relativização nas normas de preclusão.

Corroborando tal entendimento, o Novo Código Civil veio coroar a efetividade processual, eis que traz consigo inovações que visam proporcionar o ajuste do procedimento à realidade do caso concreto apresentado ao judiciário.

Essa inovação atinge em cheio os pilares que norteiam o instituto da preclusão, pois proporciona flexibilidade a estas normas processuais, atentando para encaixar o procedimento nos moldes da situação fática vivenciada pelas partes.

Ademais, a multiplicidade das relações sociais leva a uma diversidade dos conflitos que são trazidos ao judiciário. Bem por isso é necessário que o direito, como ciência social, se mostre atento a tais circunstâncias, a fim de aumentar sua capacidade de previsibilidade sobre as situações fáticas existentes e, principalmente, para solucionar com êxito as controvérsias estabelecidas pela vida em sociedade.

Como já fora analisado, o dinamismo social atinge os mais diversos ramos do Direito – com o direito processual, é claro, não poderia ser diferente.

Exatamente por essa razão é que há certa preocupação em transformar as técnicas processuais no mais próximo que se pode atingir da adequação da entrega da tutela jurisdicional, por meio de aprimoramentos normativos decorrentes do desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário.

O atual cenário de transformação processual, que se intensificou após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, trata de confrontar dois valores importantes, pretendendo, com isso, proceder à busca daquilo que melhor se ajusta às finalidades do processo. São eles a segurança jurídica e a efetividade.

De maneira simplificada, entende-se por segurança jurídica a previsibilidade imprescindível à relação jurídica para legitimá-la e cultivar as diretrizes do devido processo legal. De outro tanto, a efetividade é responsável por conferir à prestação da tutela jurisdicional celeridade e, também, por otimizar formalidades procedimentais.

Mesmo após brevíssima explicação, parece indubitável que ambos os valores possuem notória relevância. Porém, faz-se a ressalva de que a efetividade é que vem ganhando mais força no atual cenário processual, uma vez que possibilita atingir maior eficácia no exercício da jurisdição.

Possível vislumbrar, então, certo prestígio à efetividade, que se deve a uma série de fatores. A inegável preocupação em primar por mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios, levando em consideração a atual estrutura do poder judiciário, bem como as tentativas de aprimoramentos em função dos anseios sociais, é um exemplo desses fatores.

Na verdade, tudo isso se deve, inicialmente, às alterações ideológicas ocorridas em nosso Estado Democrático de Direito, que refletem diretamente no âmbito processual.

Assim, à medida que um novo modelo de Estado Democrático foi se consolidando, a revisitação de vários institutos processuais é um fenômeno lógico e natural, ocorrido para possibilitar a readaptação das normas às exigências evidenciadas atualmente – dentre elas, a preclusão.

Esse é o contexto em que a relativização das normas procedimentais de preclusão processual está inserida, visando evolução de parâmetros constitucionais e processuais que, analisados de maneira conjunta, buscam alcançar o verdadeiro objetivo do direito processual contemporâneo.

A justificativa para tal preocupação reside no fato de que, em sendo norma procedimental, a preclusão possui, como forte característica, a capacidade de gerar prejuízo às partes litigantes.

Essa possibilidade de prejuízo é circunstância que não apenas autoriza, mas reclama maior atenção ao caso, realizando profunda análise a fim de verificar se tal ocorrência está em conformidade com as normas constitucionais.

Isso se deve ao fato de que o aparato normativo processual consiste, em sua grande parte, em uma sistematização procedimental relativamente rígida, que concede pequena margem para disposição dos atos processuais.

Sob essa ótica, muito embora seja norma de caráter procedimental, a preclusão – repise-se – denota forte capacidade de gerar prejuízo às partes litigantes e, por essa razão, reclama melhor análise sobre a pertinência da relativização/elasticidade pretendida.

É dizer, as regras que emanam do instituto da preclusão, levando-se em consideração prejuízos em potencial que podem ser causados, devem, necessariamente, estar em conformidade com o que dispõem as normas constitucionais.

A par disso, consigne-se que toda norma, seja ela procedimental ou não, tem a obrigação de buscar sua inspiração na fonte constitucional, a fim de concretizar os objetivos constitucionais em níveis reais de aplicação aos casos concretos.

Sobre isso, cumpre pontuar que evitar possíveis resultados negativos, decorrentes da aplicação desordenada de um instituto que prima justamente pela

ordem processual, é de suma importância, porquanto devemos levar em consideração os prováveis efeitos negativos causados no campo do direito material.

A grande questão é que a manutenção da segurança jurídica, previsibilidade e celeridade, por meio da verificação das normas de preclusão, não pode se sobrepor a ponto de ensejar a errônea prestação da tutela jurídica.

Principalmente por adentrar no delicado âmbito do direito material, considerando-se os efeitos a serem ali produzidos, é necessário avaliar a possibilidade e utilidade em permitir certa flexibilidade quanto à aplicação das modalidades de preclusão.

Em outras palavras, imperioso considerar que, por vezes, o instituto deve atuar de maneira elástica, permitindo o afastamento da rigidez da preclusão frente a determinadas peculiaridades do caso concreto, a fim de se evitar a criação de um direito material em favor da parte por meio de regra procedimental.

Sendo assim, cumpre também mencionar que a razão de ser da defendida elasticidade repousa no fato de que o Novo Código de Processo Civil comunga do mesmo entendimento, porquanto prevê que, uma vez oportunizado o contraditório, as partes e o órgão jurisdicional poderão adaptar o procedimento a fim de extrair dele o maior aproveitamento no tocante à busca da verdade real para correta prestação da tutela.

Significa que a verificação do instituto deve ser analisada caso a caso para que a estruturação de suas regras não prejudique, mas qualifique o produto final.

Logo, resta mais do que comprovado que a aplicação desordenada das regras procedimentais de preclusão, muito embora satisfaça os critérios de celeridade e economia processual, acaba por suprimir a eficácia da prestação da tutela jurisdicional, contrariando assim o principal fundamento e objetivo do processo: a justiça das decisões.

4 O ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS

A princípio, importante frisar que a construção do Estado partiu de importantes desdobramentos históricos até atingir o modelo atual, que se funda principalmente na reafirmação da força que carrega a Constituição, como Lei maior, a embasar as várias facetas do exercício do poder estatal.

Porém, antes de analisar a evolução ou mesmo as diretrizes do tema, se faz necessário perquirir sobre a importância que o Estado adquire na vida dos particulares, bem como fazer rápida análise sobre os reflexos sociais, jurídicos e políticos produzidos pela travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional.

Nesse sentido, vale consignar que anteriormente à consolidação teórica do Estado de Direito, a essência das atividades desenvolvidas pelos órgãos administrativo, legislativo e judiciário eram contrárias às diretrizes trazidas pelo próprio Direito, aqui compreendido como sistema de normas reguladoras visando à preservação das condições do indivíduo em sociedade.

Significa dizer que, basicamente, os atos praticados pelo titular do poder político-administrativo do Estado não se submetiam a nenhuma espécie de controle.

Verifica-se, então, que mesmo depois de consagrada a fórmula do Estado de Direito, a situação fática vivenciada até aquele momento não sofrera qualquer tipo de mudança. Ou seja, os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, precursores do nascimento do Estado de Direito, ainda não possuíam a força necessária para substituir aqueles atos de governo que, mesmo em desconformidade com a lei, eram reputados legítimos.

Ocorreu, então, aquilo que se convencionou denominar como transição da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Essa conjuntura se insere em cenário amplo, eis que abrange todo o ordenamento jurídico, repercutindo nas suas mais diversas ramificações e pontuando a tão importante transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional.

Bem verdade que, entre os constitucionalistas, ainda paira certa divergência acerca de possíveis diferenças e semelhanças entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional. Significa que, conforme uma parcela de estudiosos leciona, essas expressões são sinônimas e se prestam a designar um mesmo

modelo de Estado, norteado por correntes filosóficas e importantes movimentos econômicos, bem como manifestações sociais e políticas.

Certamente, a outra parcela de estudiosos opta por seguir caminho diverso, lecionando que o Estado Constitucional é, na verdade, um Estado de Direito qualificado.

Ressalto esse entendimento nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

É o produto do desenvolvimento constitucional do atual momento histórico. (...) algumas fórmulas políticas e jurídico-constitucionais – rule of law, État legal, Rechtsstaat, Estado de direito – condensam determinados momentos concretizadores do Estado constitucional tal como hoje o concebemos. (CANOTILHO, 2002, p. 87).

Seguindo esse viés, parece crível considerar, portanto, como premissa básica, o fato de que se torna inimaginável, atualmente, um modelo de Estado que não seja constitucional e, para adquirir as características e qualidades traduzidas pelo constitucionalismo moderno, o Estado Democrático deve incorporar dois atributos de maneira permanente e simultânea, que funcionam como pilares – Estado de Direito e Estado Democrático.

A par dessa assertiva, somos direcionados a pensar que o Estado de Direito precede ao Estado Constitucional. Ou seja, correto dizer que este cuida ser um aperfeiçoamento daquele, oriundo da verificação de que o Estado de Direito, sem a presença de norma constitucional superior, não se demonstra capaz de proteger, efetivamente, os direitos dos indivíduos contra abusos do poder.

Justamente por não fornecer controle da atividade legislativa, muito embora esse modelo tenha sido de grande importância na evolução histórica e, conseqüentemente, na construção de referências cada vez mais eficazes, é possível perceber que não solucionava satisfatoriamente a problemática envolvendo democracia e constitucionalismo.

Logo, a necessidade em avançar para um modelo melhorado restou amplamente demonstrada, dando lugar a Teoria do Estado de Direito Constitucional.

No entanto, não é crível considerar que o surgimento desse novo modelo seja fruto, única e exclusivamente, da presença de uma Constituição rígida.

Ora, é claro que a presença de uma Constituição fornece fundamento ao Estado Constitucional. Todavia, nos modelos de Estado de Direito também havia, igualmente, uma Constituição como sistema normativo.

Por isso é correto dizer que a desigualdade entre os modelos de Estado acima citados não engloba tão somente a presença de Constituição como Lei Maior, mas principalmente devido à vasta gama de elementos jurídicos que modificam não só a interpretação, mas também a aplicação no contexto fático.

Como já dito, também não se trata da substituição completa de um modelo jurídico estatal por outro distinto, pois uma análise histórica permite compreender que o Estado Constitucional cuida ser versão qualificada ou, até mesmo, aperfeiçoada do Estado de Direito.

Logo, nota-se a preocupação em aproveitar e reter as características proveitosas – tais como a busca de limitação ao poder soberano –, porém ultrapassando e vencendo os impasses também apresentados – a saber, ausência de caráter normativo no texto constitucional, transformando-o apenas em um documento de teor político, desprovido de caráter imperativo.

Possível dizer que esse novo modelo também precisou passar por um delicado retoque, a fim de que possibilitasse, efetivamente, a defesa dos direitos individuais sem, no entanto, comprometer a democracia.

Esse aperfeiçoamento se embasou exatamente na instituição de um núcleo rígido da norma constitucional. Em outras palavras, a essência do texto constitucional tornou-se resistente ao direcionismo arbitrário e tal conquista concretizou-se no estabelecimento de princípios e direitos fundamentais de conteúdo imutável.

De maneira mais exemplificativa, é possível citar que uma das principais alterações, observada paralelamente ao modelo do Estado Constitucional, refere-se à maneira de interpretação da norma jurídica, bem como as consequências que referida interpretação ocasionam aos particulares.

Logo, indiscutível acreditar que, em última análise, o que efetivamente assinala a composição do Estado Constitucional em sobreposição ao Estado de Direito, é a adequada inclusão de princípios no âmbito do texto constitucional, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, aquilo que se convencionou denominar por dirigismo constitucional é exatamente a virtude que se ausenta do âmbito normativo de uma Constituição erigida sob os pilares do Estado de Direito.

É dizer, a essência constitucional imutável, justamente por receber posição hierárquica diferenciada dentro do ordenamento jurídico, conseqüentemente está isenta de ameaças à medida que se distancia da discricionariedade, pois quaisquer atos devem guardar estrita e direta vinculação a ela.

A supremacia desse núcleo imutável atribui à Constituição, como Lei Maior, a nobre função de ser norma conformadora da ordem jurídica.

Basicamente, toda e qualquer produção normativa procede da própria Carta Constitucional e, naturalmente, é nela que se encontra o fundamento de validade dessas normas.

Tal assertiva nos conduz ao entendimento de que ao poder judiciário incumbe, em última hipótese, o encargo de estabelecer pertinente aproximação entre o modelo normativo contido na Lei Maior e a prática estatal, de maneira que este poder lhe é conferido exatamente em decorrência do próprio modelo de Estado Constitucional, tema este que será discorrido com maior perspicuidade a seguir.

Logo, oportuno mencionar, pois, que funcionando da maneira como elucidado até então, trabalha-se para a reconciliação entre democracia e direitos fundamentais, eis que intenciona assegurar, como resultado prático, o ideal preconizado pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sendo assim, parece inquestionável que o Estado deve perseguir e concretizar, senão a absoluta realização dos interesses da sociedade na qual está inserido, ao menos a efetiva e satisfatória proteção destes.

Porém, se faz necessário mencionar também que a inserção dos direitos fundamentais dos cidadãos em posição hierarquicamente privilegiada no núcleo constitucional culmina em questão problemática a ser resolvida.

É que esses direitos, exatamente por serem produtos de compromissos sociais assumidos pelo Poder Constituinte, apresentam-se de maneiras contrastantes e até mesmo contraditórias.

Logo, não é preciso nenhum esforço para compreender que essa é uma das principais causas pelas quais a Constituição acaba por assegurar direitos divergentes que, por consequência, originam conflitos específicos incorporados à própria Lei Maior.

A satisfatória resolução dos mencionados conflitos específicos ocorre, e não poderia ser diferente, por meio da análise realizada conforme cada caso em concreto, utilizando-se da interpretação e ponderação de valores, desaguando em um método eficaz, traduzido pela priorização de objetivos.

Chega-se, portanto, ao ápice da travessia do Estado de Direito ao modelo do Estado Constitucional, em que os elementos proporcionados por essa mudança atuam como substrato jurídico no sentido de injetar efetividade à atuação estatal frente aos particulares.

É justamente esse enfoque a que se presta o presente trabalho, visando definir qual é a importância em se falar na mitigação ou flexibilização de regras procedimentais frente aos particulares que buscam auxílio do poder judiciário na solução de conflitos.

Nesse sentido, fora articulado um raciocínio para analisar essa temática, segundo o qual restou evidenciado que a já mencionada travessia entre Estado de Direito e Estado Constitucional representou um momento emblemático.

Consequentemente, sob o ponto de vista social, constata-se a presença de um Estado Constitucional direcionado a consubstanciar os valores constitucionais, concretizando a plena realização dos direitos fundamentais.

4.1 Os Direitos Fundamentais no Neoconstitucionalismo

Como sustentado anteriormente, considerando o cenário exposto até o momento, se o Estado Constitucional significa o estabelecimento de ordem embasada na soberania da Constituição e no poder vinculante dos princípios e direitos fundamentais, bem como na consolidação de um modelo estatal apto a funcionar como instrumento de efetivação, importa também crer que deve haver formação de estrutura apta a concretizar efetivamente essa nova ordem.

Significa dizer que a Constituição deve ser estruturada como sendo um sistema de princípios e regras, cujos destinatários são os próprios titulares do poder.

Para tanto, no núcleo das Constituições há dois elementos primordiais, consistentes na separação dos poderes – elemento este que também pode ser compreendido como limitação jurídica ao poder estatal – e os direitos fundamentais.

Referida concepção se erigiu a partir de um cenário de organização política liberal e garantista, razão pela qual funciona como o mencionado limite ao poder.

Importa compreender a lição ministrada por Konrad Hesse sobre tal questão:

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que e determina realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição. (HESSE, 1991, p. 24)

Acerca do tema, importa transcrever também as palavras de Eduardo Cambi:

Mesmo que esse modo de utilizar o termo 'Constituição' esteja em desuso e ainda que se rejeite a concepção liberal do constitucionalismo, em favor de uma concepção mais democrática, é consenso reconhecer que a inexistência da observância, pelos Estados, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais implica a não caracterização do Estado Constitucional ou a ausência de Constituição. (CAMBI, 2011, p. 23/24).

Uma vez exaltada a Constituição como o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, possível asseverar como inconcebível qualquer tipo de restrição ao conceito de Direito que se destine a reduzi-lo meramente a instrumento responsável pela manutenção da paz social.

Portanto, a existência de Constituição rígida e escrita, funcionando como instrumento incorporador dos direitos fundamentais, acaba por protegê-los, utilizando-se, para tanto, da hierarquia diferenciada que abarca esse núcleo imutável se comparado aos demais comandos existentes.

Corroborando tais conclusões, verifica-se o seguinte contexto:

O tempo presente é marcado por muitas mudanças. A sociedade tecnológica e de consumo transforma tudo rapidamente. O direito vive uma *crise existencial*, tendo dificuldades de promover valores essenciais como a segurança e a justiça. Surgem diversas teorias novas que, sob o rótulo dos prefixos *neo* e *pós*, pretendem renovar o estudo do direito. Não obstante o momento requeira cautelas, já que o direito está assentado na boa tradição e as novidades precisam ser bem refletidas, para que não se confundam com os modismos passageiros da estação, é certo que a Constituição, nas

últimas décadas, foi colocada no ápice do ordenamento jurídico, adquirindo força normativa capaz de justificar a *releitura* de todos os ramos do direito. (CAMBI, 2011, p. 19).

Além disso, o Direito também assume importante função voltada à transformação da realidade social. Significa dizer, portanto, que a Carta Constitucional, conforme mencionado anteriormente, deve ser entendida como limitativo de poder.

Oportuno ressaltar também o considerável caráter assecuratório existente, porquanto prevendo hipóteses de controle da constitucionalidade de leis em relação à própria Lei Maior, permite-se exaltar a primazia constitucional e, conseqüentemente, a superioridade dos direitos fundamentais.

A Constituição, tanto sob o critério cronológico quanto hierárquico, é o primeiro documento da vida jurídica do Estado. As Constituições são atos de delegação do poder do povo soberano para os seus governantes. (CAMBI, 2011, p. 204).

Analisando esse fenômeno sob outra perspectiva, constata-se que a força vinculante da Constituição tem o condão de reforçar sobremaneira a característica normativa atribuída aos princípios constitucionais.

Logo, parece inquestionável que, na medida em que essa virtude constitucional é proporcionada, a própria Constituição adquire um caráter superior, deixando de ser considerada como alguma espécie de manifesto político contendo apenas recomendações àqueles responsáveis por realizar Estado e Direito.

Nessa mesma linha leciona Eduardo Cambi:

A Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa *supremacia constitucional* significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*. (CAMBI, 2011, p. 204).

Ainda nesse mesmo sentido, convém citar novamente as palavras de Cambi:

A Constituição é um *instrumento limitativo* do poder. Ao regular a organização e o modo de exercício do poder político, serve de *limite* e de *vínculo da maioria*. (CAMBI, 2011, p. 24).

Ou seja, na medida em que a Carta Maior prevê em seu núcleo imutável a essência dos direitos fundamentais, entende-se que tais direitos culminam num consenso mínimo oponível a todo tipo de conjunto político que venha a galgar o poder.

De maneira muito simples, correto dizer que tais premissas autorizam o pensamento acertado de que a efetivação da própria Constituição como Lei Maior reclama, naturalmente, a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual excessivo.

Eis o que ensina Hans Kelsen sobre o assunto:

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 1993, p. 67).

Ainda, vale mencionar também os seguintes dizeres:

Negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o ato delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, poderia ir além dos termos do mandato a estes outorgado. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário é superior ao mandante, que os empregados (servidores) são superiores aos empregadores, que os representantes do povo estão acima do próprio povo, além de se admitir que as pessoas que possuem determinados poderes (competências/atribuições) podem fazer não apenas o que eles não permitem, como também o que proíbem. (CAMBI, 2011, p. 204/205).

Bem por isso, aquilo que se convencionou intitular como neoconstitucionalismo assume distinta importância, vez que além de propor nova metodologia jurídica, também caminha ao lado do neoprocessualismo, responsável por vincular a necessidade de utilizar das técnicas processuais a partir das bases constitucionais.

Nesse contexto, a discussão acerca da efetividade do caráter transformador da Constituição atinge seu clímax, pois a metodologia que prevê a utilização de técnicas processuais em conformidade com o conteúdo constitucional revela ideais que permitem a revisitação de posições tradicionais, que até então não

se demonstravam efetivas, já que incapazes de transformar a realidade pela via jurídica.

Referida transformação possui, como ponto de partida, a exaltação do acesso à justiça como um dos principais valores a serem cultuados e preservados.

A par disso, consigne-se lição valiosa construída pelas brilhantes palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa seja conduzida e decidida por um *juiz natural*; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes, legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferirá ao final; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição (...). Esses são os motivos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à justiça. (DINAMARCO, ano, p. 12/13).

Logo, a adoção dessa asserção metodológica torna-se elemento valorativo imprescindível à existência do próprio Estado, preconizando a necessidade de que as garantias e princípios constitucionais sejam considerados como salvaguarda na conquista de resultados justos, mediante interpretação adequada em consonância aos demais valores sopesados.

A transformação dos valores fundamentais não em simples normas jurídicas, mas em normas que possuem grau de hierarquia diferenciado em relação às demais normas do sistema, somente reforça o quanto o ordenamento jurídico se encontra impregnado pela direção constitucional.

Ainda, importante observar a maneira imperiosa com que se deve considerar a imprescindibilidade de primar pela interpretação da Constituição de maneira extensiva, para fins de fazer valer as normas implícitas que podem ser extraídas em clara oposição à eventual discricionariedade legislativa.

Por óbvio, faz-se a ressalva de que a importância conferida aos princípios não induz, necessariamente, ao repúdio das demais regras e técnicas processuais construídas.

Pelo contrário, deve ser preservado o zelo pelos institutos do direito processual, já que, em sua ausência, certamente a interpretação jurídica seria ineficaz, conduzindo à ruína dos atos processuais e, conseqüentemente, também comprometeria os resultados satisfatórios advindos da experiência processual.

Sobre isso, válidas são, novamente, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Com esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados. Exemplo vivo dessa postura são as medidas cautelares ou antecipatórias concedidas *inaudita altera parte*, que trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado; mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, sabedores que somos de que elas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, poderá tornar-se impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade. O mesmo se vê nas execuções por título extrajudicial, que impõem desde logo uma constrição sobre o patrimônio executado, para só depois lhe dar a oportunidade de se manifestar, opondo embargos. (DINAMARCO, ano, p. 16).

Nesses termos, confira-se pertinente posicionamento defendido por Eduardo Cambi:

É pelo princípio da supremacia da Constituição que se pode tornar indisponíveis os elementos estruturais da convivência política e social contra a vontade política ocasional e esporádica dos governantes. Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais *trunfos contra a maioria*, não poderia ser essa maioria, mas um órgão independente e especializado quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. (CAMBI, ano 2011, p. 206).

A essa altura, portanto, parece inquestionável haver aflorado a compreensão no que tange à necessidade de uma releitura das premissas anteriormente confirmadas pelo positivismo que, sob a ótica do neoconstitucionalismo, devem orientar a aplicação das normas procedimentais a fim de concretizar os direitos fundamentais.

4.2 A Adequação de Instrumentos de Pacificação Social como Direito Fundamental

Diante de tudo quanto explanado até o momento, necessário frisar que, diferentemente do que possa parecer, a defendida flexibilização procedimental não importa, necessariamente, na renúncia à forma.

O que se pretende evidenciar é exatamente o oposto, de maneira que a proposta, na verdade, consiste em encorajar o exercício das formas visando transformar o processo em espaço que possibilite as vertentes de diálogo e reflexões.

Em outras palavras, a dimensão que o Estado Constitucional conquistou, muito embora atinja a todos os ramos do direito e influencie a própria interpretação jurídica da Constituição, mostra-se particularmente intensa no que concerne ao processo.

Conforme já mencionado anteriormente, a técnica processual deve ser manejada tencionando servir ao direito material e aos fins inerentes ao processo. Em outras palavras, quanto maior efetividade puder ser empregada ao direito processual, melhor será o desempenho de sua função básica de concretização do direito material, por meio da prestação de justiça.

Logo, é necessário raciocinar que os operadores do direito, notadamente o magistrado, que atua como autoridade máxima no processo, não podem se distanciar da necessidade das partes, nem da compreensão acerca da realidade fática.

Ressalta-se a premissa já sustentada no início do presente trabalho no que tange aos formalismos irracionais, já que referidas burocracias excessivas acabam por afastar a compreensão do magistrado sobre o litígio apresentado.

Assim, considerando a nova visão de processo trazida pelas premissas do neoconstitucionalismo, preciosa é a análise da possibilidade de uma regra infraconstitucional, quando empregada de forma inadequada, atuar de maneira semelhante à criação de um direito material e, portanto, influenciando-o diretamente.

Nesse sentido, a forma deve ser racionalmente empregada, afinal, da mesma maneira que violações e ataques aos requisitos legais conduzem ao severo comprometimento do procedimento e conseqüente mácula dos objetivos

processuais, também a inócua perseguição da forma como centro do processo acaba por corromper seu regular andamento.

A compreensão da preponderância da norma constitucional sobre o processo, principalmente como meio para efetivar e garantir a segurança dos direitos, nos leva a constatar que cada ato do processo deve ser considerado como meio não apenas para atingir o julgamento, mas especialmente primando pela segurança constitucional e efetivação dos direitos fundamentais observados durante o deslinde da causa.

Bem por isso é que quanto mais estimulada a participação das partes no processo, maior será a dialética exercida e o cenário será propício a embasar provável aceitação das partes com relação à tutela jurisdicional fornecida em sede de decisão final.

Logo, o processo, compreendido como ferramenta indispensável para concretização da justiça e pacificação social, não pode ser concebido como mera técnica. Pelo contrário, mostra-se imperiosa a necessidade de admitir o processo e as técnicas procedimentais como instrumentos de concretização de valores.

Isso ocorre justamente porque, a partir do momento em que o processualismo é concebido de maneira exacerbada, configura-se um fenômeno de afastamento em relação ao debate sobre o próprio direito material em si, tornando-o um mero coadjuvante desse formalismo exagerado e originando sérios prejuízos às partes envolvidas.

Ou seja, possível então dizer que a preservação das garantias fundamentais - estas compreendidas como aquelas inerentes ao processo e também englobando os direitos fundamentais -, enfatizando o contraditório e a ampla participação das partes, preserva o aspecto imaculado do devido processo legal, aproximando a tutela jurisdicional da justiça e caráter satisfativo quanto à solução efetiva do litígio.

A importância dos direitos fundamentais nesse contexto também advém de outra vertente, eis que, conforme se desenvolveu a evolução da humanidade, verificou-se a exigência de uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais.

Ocorreu, então, que foi proporcionado certo distanciamento da concepção tradicional de direitos fundamentais, pois não mais são considerados como simples garantias ou mecanismos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

O momento não poderia ser mais oportuno para ressaltar que o Novo Código de Processo Civil encampa exatamente, dentre outros institutos, a noção de flexibilização das regras procedimentais de preclusão.

Para melhor elucidar a questão, se faz necessária a realização de cuidadosa análise a partir de um exemplo prático que se erigiu na recente alteração com a qual o legislador tratou da figura recursal de agravo (informação verbal)².

Antes, porém, pertinente a análise pormenorizada desse instrumento recursal, que passou por três grandes alterações nos anos de 1996, 2001 e 2005, em que se buscava adequar a utilização do recurso à realidade dos tribunais, somada, ainda, à necessidade das partes na disputa pelo direito material.

Sendo assim, logo no início da vigência do Código de 73, imperava aquilo que a doutrina convencionou denominar sistema de recorribilidade ampla das decisões interlocutórias.

Isso significa que, à época, conforme o sistema recursal vigente no Brasil, todas as decisões proferidas ao longo do processo eram passíveis de interposição de recurso. Nesse mesmo contexto, necessário atentar para o fato de que a escolha da modalidade de agravo a ser interposta – agravo de instrumento ou agravo retido – ficava a cargo da parte.

Contudo, num cenário em que as partes, conforme o caso concreto discutido em juízo, gozam de liberdade na escolha entre a interposição de agravo de instrumento ou retido, por óbvio que a modalidade protagonista era aquela que permitia a imediata rediscussão da decisão.

Em outras palavras, significa dizer que a figura predominante ante ao inconformismo quanto às decisões proferidas era, sem dúvidas, a figura do agravo de instrumento, pura e simplesmente pelo fato de que faz parte da própria natureza humana o desejo de, imediatamente, recorrer à segunda análise do caso.

A evidenciar a situação fática vivenciada à época, é possível citar o nome atribuído pelo legislador ao capítulo responsável por prever as modalidades de agravo. É dizer, muito embora referido capítulo discorresse sobre as duas modalidades de agravo até então existentes, era a nomenclatura do agravo de instrumento a ostentada como título.

² Anotações de aulas de Direito Processual Civil, ministradas pelo Professor Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, em Presidente Prudente no ano de 2016.

Tal circunstância, por si só, é suficientemente apta a exemplificar satisfatoriamente os problemas que precisavam ser enfrentados com os numerosos recursos que alcançavam, de maneira imediata, os Tribunais.

A esse respeito, para fins de melhor exemplificação do contexto no qual o agravo passou a ser um instrumento de tumulto, convém citar que, em sendo a interposição do recurso realizada em primeiro grau, os responsáveis por providenciar as cópias dos autos e formar o instrumento que seria remetido ao Tribunal eram os funcionários do cartório judicial.

Logo, parece inquestionável que tal circunstância fosse a responsável por contribuir diretamente para a morosidade processual, já que a demanda de serviços no judiciário é naturalmente exacerbada e a incidência de interposição de agravo de instrumento era recorrente.

Por óbvio, as circunstâncias ocasionavam prejuízo às partes e, por vezes, perigo para o próprio direito material objeto do litígio.

Mas, além disso, havia ainda outro elemento que pairava em desfavor da correta e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Mesmo com a possibilidade remeter cópia das partes principais do processo ao Tribunal imediatamente, e desconsiderando os obstáculos enfrentados no âmbito do cartório judicial, eram raras as hipóteses em que o efeito suspensivo era concedido ao recurso.

Isso significa que muito dificilmente o relator responsável pela primeira análise dos autos concederia suspensão da decisão prolatada pelo juízo *a quo*, razão pela qual remanesceria a necessidade de esperar o julgamento do agravo para que, somente então, a parte pudesse atingir o resultado desejado.

Não é difícil perceber que todas essas vertentes de uma mesma questão acabavam gerando prejuízo demasiado às partes na defesa de seus interesses em juízo, por vezes comprometendo até mesmo a própria essência do instituto.

Ora, se o recurso de agravo de instrumento era responsável por conduzir a parte imediatamente ao tribunal, justamente em razão da necessidade em caráter urgente, não havia o menor sentido de que tal medida sucumbisse à morosidade.

Porém, natural que todo esse contexto causasse ainda mais problemas. É dizer, além da interposição frequente de agravo de instrumento, todo o cenário no qual esse recurso estava inserido acabava por autorizar certas

manobras, manejadas pelos operadores do direito na salvaguarda da eficácia da prestação jurisdicional em relação ao direito material pretendido.

Passou-se, então, a existir não apenas inúmeros agravos, eis que a demora em remeter o instrumento para o Tribunal autorizava também a figura do Mandado de Segurança. Ou seja, ao mesmo tempo em que interposto o recurso de agravo, paralelamente ajuizava-se o mandado de segurança.

Não bastasse essa situação, havia ainda outra manobra utilizada pelos advogados. Isso porque, mesmo que obtivessem sucesso em remeter o instrumento imediatamente ao Tribunal, mediante a interposição do mandado de segurança, permanecia em perigo o direito material defendido em juízo, já que a parte deveria aguardar o julgamento do recurso, na maioria das vezes sem que concedido o efeito suspensivo.

Logo, nessa oportunidade, entrava em cena a ação cautelar com o único fim de conseguir a concessão do efeito suspensivo.

Resumidamente, para cada decisão interlocutória proferida ao longo do processo, abria-se possibilidade para eventual mandado de segurança e ação cautelar. Sendo assim, embora trivial, oportuna a afirmação de que esse cenário abastecia sobremaneira o judiciário.

Ocorreu, então, que diante do caos instalado, o legislador promove, no ano de 1996, aquilo que a doutrina convencionou chamar de “primeira grande reforma do agravo”.

Objetivando sanar a problemática que envolvia a figura do recurso de agravo, houve três modificações importantes: a interposição do recurso passou a ser feita diretamente Tribunal, a formação do instrumento passou a ser ônus da parte agravante e, por fim, trouxe uma cláusula geral suspensiva.

Ou seja, por meio das duas primeiras modificações já era possível fazer com que o Tribunal conhecesse do recurso com maior agilidade. Porém, foi por meio da terceira modificação que foi possível superar o problema que envolvia a ausência de concessão do efeito suspensivo.

Bem por isso foi criada uma cláusula geral suspensiva, cujo conteúdo assegurava que, em havendo demonstração suficiente dos requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* era permitida a concessão do efeito suspensivo. Ou seja, significa que a concessão era permitida em todo e qualquer caso, bastando o

preenchimento dos requisitos, desaparecendo, então, a previsão de hipóteses taxativas para tal concessão.

Muito embora se admita a importância dessa reforma e a harmonia aparente na resolução dos problemas apresentados até então, convém salientar que tais metodologias ocasionaram um efeito colateral.

Ora, não há nenhuma dificuldade em imaginar que se as partes poderiam recorrer de todas as decisões proferidas ao longo do processo, bem como escolher qual modalidade de recurso interpor e, ainda, fazê-lo sem demora, a situação que se verificou nos momentos seguintes foi a de um judiciário novamente abarrotado.

Verificou-se, então, a veracidade da premissa já sustentada por estudiosos do direito norte americano, de que o sistema de justiça funciona de maneira muito semelhante a uma estrada, em que quanto melhor, maior o tráfego. Porém, quanto maior o tráfego, mais depressa o desgaste será acusado.

Promoveu-se, então, no ano de 2001, a “segunda grande reforma do agravo”. Diante disso, a primeira mudança pontual realizada foi a de que se facultou ao relator a possibilidade de, recebendo o agravo de instrumento, convertê-lo para a modalidade retida, desde que não verificada a urgência.

No entanto, novamente a modificação gerou um efeito colateral, haja vista a possibilidade de que a parte, ao ter seu agravo de instrumento convertido para a forma retida, poderia interpor agravo interno. Ora, fácil perceber que de nada adiantaria ao relator a possibilidade de converter o agravo se essa decisão também fosse recorrível.

Diminuía o número de agravo de instrumento, pois convertia em retido, mas aumentava significativamente o número de agravo regimental, mantendo a situação de abarrotamento exatamente no mesmo nível outrora verificado.

Justamente neste cenário é que estão inseridos os conceitos acerca do sistema norteador da recorribilidade no ordenamento jurídico. Porém, durante o lapso temporal que engloba as duas primeiras alterações ocorridas, buscou-se a solução da problemática apresentada de maneira equivocada.

Somente no ano de 2005 foi que o legislador compreendeu, como premissa básica, que para solucionar a problemática envolvendo essa figura recursal era necessário atingir um dos pilares em que se fundava o chamado sistema de recorribilidade ampla das decisões interlocutórias.

A partir de então se apresentava uma nova noção acerca do sistema recursal no que tange às decisões interlocutórias, passando-se de um sistema de recorribilidade ampla para um que previa certa mitigação da recorribilidade.

Com isso, o legislador mantém vigente a possibilidade de que a parte recorra de toda e qualquer decisão interlocutória – um dos pilares do sistema –, mas fulmina a liberdade até então existente em escolher a modalidade de agravo a ser interposta.

Contudo, a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, verificou-se, mais uma vez, reforma no sistema recursal, que passou a apresentar um sistema de recorribilidade ainda mais mitigado.

Uma vez extinta a modalidade de agravo retido, o legislador também altera o pilar remanescente, instituindo a criação de um rol taxativo, previsto no artigo 1.015, de decisões para as quais haveria possibilidade de interpor agravo de instrumento.

Ou seja, após todos os desdobramentos e construções históricas, a premissa básica que o Novo Código de Processo Civil encampou, no que se refere à figura do agravo, é a de que nem todas as interlocutórias são recorríveis de maneira imediata.

É dizer, o modelo atual encontrou um meio termo entre o sistema de recorribilidade mitigada e o sistema de irrecorribilidade, pois restringe ainda mais a possibilidade de recorrer das decisões na medida em que insere um rol taxativo, mas ao mesmo tempo não deixa de prever a possibilidade de recorrer mesmo das espécies não contidas no rol.

Isso significa que as decisões interlocutórias proferidas ao longo do processo que não estejam previstas no rol do artigo 1.015 obedecerão a regra prevista no parágrafo primeiro do artigo 1.009 do mesmo diploma, cujo teor demonstra que as decisões não passíveis de agravo serão recorridas por ocasião da prolação da sentença, em sede de apelação, ou seja, cuida ser uma regra de extensão da recorribilidade.

É neste ponto que a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil guarda estrito fundamento com a temática explorada no presente trabalho, visto que evidencia a ideia de relativização das regras de preclusão.

Isso porque se, durante o regular andamento de um processo, o juiz proferir decisão interlocutória indeferindo a produção de determinada prova pericial,

tal questão não poderá ser recorrida imediatamente, ante a ausência de previsão no rol do artigo 1.015.

Então, o inconformismo acerca do indeferimento da prova será levantado apenas em sede de apelação, momento em que, conhecido e provido o recurso, a prova pretendida poderá ser produzida normalmente.

O que se percebe, portanto, é que ao alterar novamente o sistema de recorribilidade das interlocutórias, prevendo regra de extensão da recorribilidade para as matérias não previstas no rol do artigo 1.015, o legislador demonstra a importância da flexibilização de regras procedimentais em determinadas hipóteses, a fim de não causar prejuízos às partes e ao direito material discutido no processo.

Bem por isso é que a matéria não prevista no rol taxativo da recorribilidade imediata não sofrerá os efeitos da preclusão.

Significa dizer, em outras palavras, que a decisão não se torna imutável imediatamente, já que o momento previsto para incidir esse efeito ocorrerá somente em sede de apelação, se a questão não for suscitada naquele momento.

Fácil perceber que essa sistemática, ao prever a possibilidade da produção da prova alvo do indeferimento apenas em momento posterior, cuida ser hipótese totalmente estranha e desafiadora ao que, na essência, se considera como instituto da preclusão.

Nesse contexto, possível dizer que, alterando as regras norteadoras do sistema de recorribilidade, o Novo Código reforça tudo quanto elucidado até o momento, pois eleva a patamar diferenciado a preocupação em não trazer prejuízo às partes, ao direito material discutido, bem como a responsabilidade em fornecer tutela jurisdicional eficaz, e, para tanto, atua promovendo a defendida flexibilização das regras procedimentais de preclusão.

5 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Convém ressaltar que, em conformidade com o pensamento já explanado ao longo do presente trabalho, a busca pela simplificação do processo necessita ser o alvo dos operadores do direito.

Contudo, atingir tal objetivo demanda esforço excepcional, já que a tarefa de “descomplicar” o processo está intimamente relacionada à compatibilização de ideais no que diz respeito às famigeradas burocracias processuais.

Isso significa que durante referida jornada, alterações e inovações legislativas, bem como uma ampla compreensão dos princípios processuais, são elementos indispensáveis para fornecer o alicerce sobre o qual se edificará o instituto que se pretende flexibilizar.

Os fundamentos modernos surgidos na seara processual revelam, como característica essencial do processo, sua autonomia. Isso significa que a tão explanada pacificação social com justiça precisa ser efetivada, naturalmente, por meio da correta aplicação das formas.

Sobre isso leciona com singularidade José Roberto dos Santos Bedaque:

Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que Lee é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência. Parece imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso ‘revisitar’ os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista. (BEDAQUE, 2001, p. 14/15).

Possível asseverar, então, que a forma representa meio apto a atingir as finalidades nas quais se pauta o processo e por tal razão é que se mostra conveniente rechaçar cultos exacerbados aos formalismos no âmbito processual.

Pertinente salientar que, conforme o entendimento já sedimentado, as formas foram criadas principalmente visando o bom e regular andamento do

processo, fornecendo não apenas o sentimento de segurança jurídica às partes litigantes, como também a premissa de previsibilidade.

Nesse sentido, a ideia inicial que se estabelece é a de que o princípio da instrumentalidade das formas se edifica como pilar viabilizador da ordem jurídica e sustentáculo a garantir a concretização da prestação de tutela jurisdicional realmente justa.

Em outras palavras, o propósito do direito processual civil está delimitado em buscar a pacificação social por meio da aplicação do direito ao caso concreto apresentado em juízo, em metodologia que se convencionou denominar como função social do processo.

É dizer, a concretização do processo se torna possível à medida que este permanece adstrito a sua razão de existir, qual seja, a efetividade da justiça. Tal finalidade é justamente o elemento responsável por conceder, ao princípio da instrumentalidade das formas, a importância e o prestígio atualmente verificados, vez que permite ao juiz, como operador máximo do direito ante a resolução do litígio, imprimir justiça ao procedimento, prezando pela tutela ao direito material.

Fácil perceber que um dos grandes obstáculos que emergem da problemática apresentada é o formalismo exagerado. Por tal razão é que a instrumentalidade defendida necessita de interpretação adequada, para possibilitar a utilização da forma em seu maior grau de amplitude, pois somente assim é que constituirá o pilar encarregado por exaltar o processo como verdadeiro instrumento a favor da pacificação social.

Ademais, merece destaque a percepção de que a instrumentalidade das formas, na verdade, atua como verdadeira aliada ao direito processual civil na mitigação do culto ao formalismo exagerado.

O formalismo, entretanto, difere em muito daquilo que conhecemos por formalidade. Esta procede da própria lei, imprescindível ao regular desenvolvimento do processo, enquanto aquele se origina da livre interpretação do operador do direito.

O momento é oportuno para, com muita propriedade, frisar que, com o advento do novo Código de Processo Civil, nosso ordenamento não apenas admite, como prestigia a incidência da flexibilização procedimental em vários aspectos.

Entretanto, ainda que a proposta não seja suficiente para solucionar todos os problemas que se apresentam sob esta ótica, certo é que as mudanças

promovidas com a entrada em vigor do Novo Código apontam para novo horizonte no âmbito do direito processual civil.

5.1 Conceito

A análise sobre a evolução do direito processual civil compreende necessariamente o estudo sobre três fases metodológicas distintas e fundamentais, quais sejam as fases sincretista, autonomista e instrumentalista.

Observado o desenvolvimento processual, verifica-se que a primeira fase fundou-se sem o respaldo de algo que funcionasse como a ciência do processo, vez que ausentes princípios, conceitos próprios e, até mesmo, métodos a serem seguidos.

Ora, significa dizer que não havia percepção da relação jurídica havida entre as partes, tampouco se prezava pelo exercício do contraditório, uma vez que durante esta primeira fase, também conhecida como civilista, a ação decorria direta e naturalmente do direito violado, sem que houvesse nenhuma distinção, mínima sequer, entre direito material e direito processual.

Em outras palavras, o direito material lesado adquiria forças para obter, em juízo, a reparação pelo dano sofrido, de maneira que o processo figurava como um simples meio de exercício dos direitos, confundindo-se até mesmo com o procedimento.

Sobre o tema, destaco importante lição ministrada por Cândido Rangel Dinamarco:

Tinha-se, até então, a remansosa tranquilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi debeatur, judicio perseguendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais. (...) Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. (DINAMARCO, 2009, p. 18).

A fim de demonstrar a distinção entre a esfera processual e a esfera de direito substancial, confira-se o que escreve Bedaque:

Esse caminho, concebido desde a Idade Média, visa à atuação do direito material, determinando em cada caso o que seja justo e tornando efetiva a regra jurídica formulada. O objeto do processo é constituído, pois, por esse direito afirmado, que, se reconhecido, será assegurado pela tutela. A pretensão de um provimento jurisdicional é de natureza processual e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material. Processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a emitir provimento sobre a situação da vida trazida para sua apreciação. Mas a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível do processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação de um direito material para seu exercício. (BEDAQUE, 2001, p. 11/12).

No mesmo sentido:

Tem-se, portanto, como direito processual aquele conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. Essas normas estão dispostas na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, no Código de Processo Civil, em leis extravagantes e nas leis estaduais de organização judiciária. É a noção de direito processual determinada por seus elementos fundamentais, suficiente para distingui-lo do direito material. (BEDAQUE, 2001, p. 11).

De maneira simplificada, a fase sincretista permite considerar que os indivíduos, à época, não figuravam como titulares de direitos, mas de ação, ainda que mencionada ação somente surgisse assim que demonstrada a existência da lesão ao direito.

Por tal razão é que parece crível afirmar, em análise paralela aos conceitos modernos, que ser titular do direito de ação, durante a fase civilista, equivale a dizer que o indivíduo era, na verdade, o titular de um direito material.

Referida premissa já é o suficiente para demonstrar o conflito metodológico em vigor na época, porquanto o direito processual sequer possuía elementos que embasassem sua autonomia científica, tampouco sua autonomia como ramo do direito.

Apenas quando os estudiosos passaram a questionar o conceito fundado na constância da fase civilista é que foi possível revelar sua fundamental

peculiaridade, evidente não apenas no plano conceitual, mas principalmente no âmbito funcional.

O momento permitiu, então, a compreensão da autonomia da relação jurídica processual, distinta da relação de direito substancial, notadamente em função de seus sujeitos, pressupostos e objeto.

Confira-se, a esse respeito, os dizeres de Dinamarco:

Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença (...) em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até a plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. (DINAMARCO, 2009, p. 18/19).

A distinção que emergia, à época, naturalmente foi a responsável pela renovação dos horizontes processuais. Veja-se:

Com a descoberta da autonomia da ação e do processo institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método. (DINAMARCO, 2009, p. 19).

As especulações acerca da natureza jurídica do processo e da ação impulsionaram, diferentemente do panorama apresentado durante toda a fase sincretista – em que não se demonstrava qualquer preocupação com o direito processual –, o surgimento de um modelo marcado por profundas construções científicas no âmbito processual, iniciando a chamada fase autonomista ou, ainda, fase conceitual.

Logo, o surgimento de várias teorias, decorrentes dos questionamentos e discussões empreendidas, possibilitou que a natureza jurídica da ação e do processo fosse amplamente sistematizada, culminando na efetiva construção da ciência processual.

O estudo do processo como ciência foi o marco do surgimento da sistematização da ciência processual, bem como da fase autonomista, porquanto

verificado o surgimento de conceitos próprios, institutos e princípios aplicados à espécie.

Destaco referido posicionamento nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, nas investigações em torno do conceito da 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. (DINAMARCO, 2009, p. 20).

Considere-se, ainda, o entendimento trazido por José Roberto dos Santos Bedaque a respeito do tema:

Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. AS questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo. (BEDAQUE, 2009, p. 13).

Possível notar que durante a fase autonomista, os processualistas passaram a sustentar que as normas de direito processual não possuíam, como objeto, os bens da vida, ou seja, o direito material, mas sim os fenômenos ocorridos durante o processo, englobando a ação, defesa, bem como a jurisdição propriamente dita.

Logo, o amadurecimento dos conceitos sobre os quais toda a estrutura do sistema processual fora traçada durante a segunda fase retratou a afirmação da autonomia científica do direito processual, eis que seu objeto material passou a ser traduzido por três elementos, a saber, ação, defesa e processo.

Tal sistematização solidificou o entendimento que insurgiu como o grande marco da fase autonomista – o direito material está atrelado aos bens da vida, enquanto o direito processual está intimamente ligado aos fenômenos que retratam a existência do processo, tal como fora acima delineado.

Ocorre que a segunda fase do direito processual cometeu deslize natural, eis que todos aqueles institutos que até então não passavam de meros atos procedimentais, destituídos de alta carga valorativa perante o mundo jurídico,

herdaram grande e repentina atenção voltada a uma análise profunda de sua importância.

Produziu-se, então, aquilo que convém denominar como a “sistematização pela sistematização”, já que as classificações e estudos evidenciavam, não obstante a preocupação conferida aos institutos processuais, demasiado exagero em tão somente reafirmar a autonomia científica até então ignorada.

Em outras palavras, os atos que constituíam apenas procedimentos banais provenientes do próprio direito material, destituídos de grande importância doutrinária ou científica, durante a fase autonomista integraram a classe de institutos fundamentais, passando a receber atenção e sistematização que os enaltecera a patamares elevadíssimos, em detrimento do próprio direito material das partes discutido em juízo.

Por tal razão é que a excessiva preocupação com a técnica, durante a evolução do direito processual, funcionou como ponto contraproducente ao desenvolvimento da técnica jurídica.

Em resumo, em que pesem as positivas mudanças que a fase autonomista gerou, no sentido de possibilitar que a ciência processual obtivesse reconhecida autonomia, colocando fim à fase sincretista, há de se considerar também o apego exacerbado à sistematização processual que culminou em culto à forma, distanciando o objetivo maior, repelindo o direito material e bloqueando a tão valiosa função pacificadora e a defesa da justiça social.

Tal obstáculo se originou devido à ausência de postura crítica durante a fase autonomista, vez que não reconhecidas as finalidades do processo, tampouco os resultados obtidos no contexto fático dos litigantes.

Sendo assim, a incompreensão havida no desenvolvimento da segunda fase produziu a equivocada impressão de que o sucesso das partes, no processo, está atrelado à maneira como se comportam processualmente.

Realizadas as devidas ponderações acerca da fase autonomista, frisando a autonomia conquistada pelo processo, bem como a sistematização de seus institutos, oportuno mencionar que a evolução do direito processual revela, neste momento, a necessidade de que o processo fosse estudado levando-se em consideração seus resultados, desprezando a visão de que este funcionava como um fim em si mesmo.

Partindo de tal premissa foi que surgiu a terceira fase processual, denominada fase instrumentalista, marcada principalmente por posicionamentos críticos à fase autonomista, na qual houve o esquecimento com relação aos reais propósitos processuais.

Durante essa fase fica assinalada a importância da sistematização do processo, ressaltando, porém, que acima disso está a busca pelos resultados práticos.

Confira-se tal entendimento nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Com tudo isso, chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador de diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. (DINAMARCO, 2009, p. 23).

Bem por isso é que a ciência processual volta-se, após longo período de preocupações exclusivamente endoprocessuais, para os resultados atinentes à produção de justiça entre os membros da sociedade.

Então, parece muito lógico afirmar que a terceira fase processual demonstra grande preocupação em exaltar o direito como o instrumento de justiça social que ele é, sem, contudo, desordenar o processo.

Seria de grande irresponsabilidade desprezar toda a bagagem depositada nas formas já consagradas dos procedimentos legais, no entanto, o próprio sistema reclamava certa dose de desmistificação.

Ocorreu, então, grande inovação durante o terceiro momento da evolução processual, visto que se inaugurava o entendimento que delimitava a distinção entre processo e procedimento.

Sobre isso, leciona Dinamarco:

Tudo isso e muito mais são manifestações da *postura instrumentalista* que envolve a ciência processual, neste terceiro momento metodológico. É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual (...). A visão instrumental que está no espírito do

processualista moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *constituente* e do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva). é indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo *método de pensamento* e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem. (DINAMARCO, 2009, p. 23).

Logo, considerando que a ciência processual encontra-se em constante evolução, desde os tempos mais remotos, convém ressaltar a importância da instrumentalidade do processo, já que na atualidade o que mais importa são os resultados práticos que o processo oferece. Em outras palavras, a concessão de tutela jurisdicional justa, que prima pela efetividade processual.

A par disso, é verdade que o serviço jurisdicional prestado por meio do processo merece certos aprimoramentos e tal circunstância, principalmente após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, tem se mostrado como sendo uma tendência universal.

Referidos aprimoramentos partem justamente das premissas fixadas pela visão instrumentalista para justificar a dinâmica que se prega atualmente com o novo código, de que o sistema está carregado de influências exteriores da sociedade.

Reforçando a veracidade dessas informações e ressaltando a preocupação do novo código com os resultados práticos do processo, possível citar alguns dispositivos:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, **considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.**

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, **o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.**

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará **nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.**

Portanto, a instrumentalidade do processo cuida ser ponto positivo, oriundo da evolução processual, na medida em que, conforme os dispositivos

mencionados, demonstra aquilo que realmente importa ao processo, sua finalidade – o alcance da tutela jurisdicional pretendida de forma justa e eficaz.

5.2 Características

Em decorrência lógica aos desdobramentos da terceira fase da evolução processual, as melhorias surgidas não apenas para o processo, mas para as partes de um modo geral, são amplamente perceptíveis.

Não obstante a esse entendimento, há quem sustente a existência da fase denominada “pós-instrumentalismo” num quarto momento da evolução processual, na qual se visa à revisitação do sistema consagrado na fase autonomista, mesclando-o às características do sistema já aprimorado na fase instrumentalista, possibilitando maior amplitude e sucesso na busca pelas finalidades processuais.

Isso porque a sistematização da quarta fase destina-se a efetuar reaproximação e interligação das conquistas das fases já citadas.

Sobre isso, confira-se o que leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

Parece imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso ‘revisitar’ os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual, proclamando a necessidade de revisitar o sistema processual, afirmando tratar-se de “um passo adiante à fase instrumentalista. (BEDAQUE, 2010, p. 15).

Porém, não obstante a tais ponderações sobre eventual acréscimo de fase e levando em consideração o fato de presenciarmos principalmente a fase instrumentalista do processo, é importante não deixar escapar a efetividade do processo com relação aos direitos materiais, tal como clama a sociedade cada vez mais.

Confira-se, novamente, lição de Bedaque (2010, p. 49):

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas

não se pode fazê-la em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Desse modo, feitas as devidas considerações, importante direcionar especial atenção aos objetivos consagrados pelo Novo Código de Processo Civil, a saber, a celeridade e economia processual como premissas para concessão da tutela jurisdicional.

Todavia, merece nova ressalva o fato de que as premissas da segurança jurídica devem ser observadas, pois garantir que a marcha do processo seja célere absolutamente não significa extinguir o direito ao contraditório e ampla defesa das partes.

Dizendo de outro modo, um processo se torna totalmente ineficaz, ainda que garantindo celeridade e economia, quando não preza pela observância da obrigatória concessão do contraditório e ampla defesa aos litigantes.

A simplificação do procedimento cuida ser caminho seguro, pois flexibiliza exigências formais, adequando-as aos fins pretendidos, bem como as ignorando quando se mostrarem dispensáveis de acordo com a ocasião em concreto.

Sob essa perspectiva é que se afigura possível sustentar pela simplicidade do procedimento, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório e permitindo ao juiz, como operador máximo do direito no processo, a adoção de soluções compatíveis com as peculiaridades de cada caso.

Corroborando tal explanação, confirmam-se os sábios dizeres de Bedaque:

É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo. (BEDAQUE, 2010, p. 51).

Pertinente acrescentar, neste ponto, que a efetividade e instrumentalidade, analisadas sob a luz da Constituição Federal, revelam a importância da aplicação dos valores tutelados por esta, tais como a garantia do devido processo legal, passando pela celeridade processual, culminando no princípio da dignidade da pessoa humana.

Confira-se o que com singularidade dispõe Cândido Rangel Dinamarco sobre o tema:

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional (...). Todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de Direito. (DINAMARCO, 2009, p. 57).

Sendo assim, conforme já argumentado, o neoconstitucionalismo demonstra a harmonização entre o processo e a Carta constitucional, pois preconiza a interpretação do direito infraconstitucional à luz das disposições constitucionais contidas na Lei maior.

Por tal razão é que, conforme leciona Eduardo Cambi, o empenho com muito afinco às formas acaba por ocasionar um grande problema no que diz respeito à pacificação social.

O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do fetichismo das formas. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais. (CAMBI, 2011, p. 116).

Referido posicionamento dá margem à correta interpretação no sentido de que um procedimento que permita e se apegue a muitos formalismos acabará, inevitavelmente, por retardar a efetividade processual e, à luz do Novo Código, concebido utilizando-se da ótica Constitucional, a ausência da visão instrumental ofende aos mais basilares princípios constitucionais.

Como já mencionado anteriormente, o posicionamento que embasa tais premissas é aquele que prega a aproximação entre direito material e direito processual – patente quando do surgimento da fase instrumentalista –, porquanto prega que este deve ser meio pelo qual os indivíduos tenham seus direitos materiais resguardados.

Portanto, forçoso salientar que instrumentalidade e efetividade do processo respeitam, igualmente, o tão renomado princípio da dignidade da pessoa

humana, já que a prestação de tutela jurisdicional nada mais é do que o Estado respeitando tais valores, possibilitando a formação e manutenção de uma sociedade tão justa quanto possível.

De maneira singela, significa dizer que, a partir do instante em que a tutela é concedida revestida de celeridade e eficácia, tem-se um Estado atuando de maneira positiva, pois atinge justamente a finalidade proposta pelo processo durante sua marcha.

Vale a ressalva de que o direito processual não é um fim em si mesmo, mas está inserido em contexto segundo o qual todo ordenamento processual encontra-se a serviço dos conflitos relacionados aos litígios no âmbito do direito material.

Segundo essa ótica de que o direito processual reclama que seus institutos sejam estabelecidos em consonância às necessidades verificadas no direito substancial, a eficácia do processo, como o instrumento que é, será aferida pela utilidade representada não apenas ao ordenamento jurídico, mas principalmente aos fins de pacificação social.

É justamente essa característica que a fase instrumentalista se esforça em conferir ao processo – ser o meio pelo qual os indivíduos pleiteiam seus direitos.

Acerca da efetividade processual, consigne-se a lição passada por Cândido Rangel Dinamarco:

O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à ideia 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 proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica da instrumentalidade do sistema processual. (DINAMARCO, 2009, p. 315).

Com efeito, possível fixar como premissa básica que a efetividade do processo está intimamente ligada à visão instrumental apregoada durante a terceira fase processual. Deve-se a esse fenômeno, portanto, o respeito aos preceitos institucionais, eis que estes objetivam justamente a solução rápida do litígio, primando pela eficácia do pronunciamento, ausentes os formalismos exagerados

que possam retardar ou mesmo prejudicar o desenvolvimento do processo e, assim, o próprio direito material pretendido.

5.3 Instrumento de Relativização de Regras Procedimentais

Contrariar a finalidade maior do Direito, como já mencionado, culmina na criação de obstáculos dentro do processo, que obstam seu regular andamento e deságuam em insatisfação na prestação jurisdicional.

Por tais razões é que o processo, na medida em que moldado a partir de problemas existentes no âmbito concreto para possibilitar a satisfação de um direito resistido, deve ser concebido como ciência instrumental.

Isso porque não se mostra razoável, tampouco adequado, desprezar a diferenciação existente entre direito material e processual, pois tais institutos, além de justificarem um ao outro, também se complementam.

Sobre a relação harmônica verificada entre ambos os institutos, sem sugerir qualquer espécie de subordinação ou hierarquia, pertinente reforçar que o direito material serve ao processo à medida que lhe fornece sentido, sem o qual não haveria razão de ser.

Significa dizer que não é possível, tampouco recomendável, sustentar a subordinação anteriormente verificada do direito processual em relação ao direito material, porquanto consagrada a autonomia daquele como ciência. Igualmente, o processo também não pode suportar o formalismo exacerbado, responsável por desprezar sua real finalidade, porquanto deixa de lado o direito material discutido em juízo.

Convém mencionar que tais considerações foram amplamente corroboradas com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, vez que o legislador objetivou tornar a atividade jurisdicional mais eficiente e, para tanto, provocou inovações quanto à prática dos atos processuais sem, contudo, desprezar totalmente o fato de que referidos atos submetem-se às formalidades previstas na Lei.

A esse respeito, o Código de Processo Civil de 1973 sistematizava várias espécies procedimentais, a depender do tipo de demanda trazida a juízo pelo jurisdicionado. Disciplinava cuidadosamente os atos processuais, reservando pouquíssimas normas de conteúdo geral, demonstrando grande preocupação com a

manutenção da estrutura e organização processual para fins de imprimir os valores da previsibilidade ao feito.

Ou seja, havia definição de modelos rígidos de procedimentos, orientados por características previamente instituídas para aquele determinado modelo, com a finalidade de reunir os elementos subjetivos mais marcantes em cada caso concreto.

Assim, o código revogado destacava como fator primordial o cumprimento das formalidades previstas. É claro que tal premissa continha certo grau de relativização, pois o próprio código previa a instrumentalidade da regra quando dispensava o cumprimento da formalidade quando atingida a finalidade.

Porém, muito embora houvesse disposição sobre a instrumentalidade das formas regularmente prevista no texto legal, é de se considerar que essa disposição não estava revestida de grande utilidade, uma vez que, ao permitir o princípio da liberdade das formas apenas para os atos que não fossem expressamente regulados, a lei sugeria, na verdade, que referida liberdade estava atrelada à inexistência de exigência legal, situação esta em que se verificam raríssimas exceções no ordenamento.

Sobre isso, considere-se a, ainda que breve, preciosa lição ministrada por Enrico Tullio Liebman, de que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”³.

Segundo o autor, o excesso de formalismo, tão criticado, sucumbe a real função das regras procedimentais de proporcionar movimentação regular do processo e, ao mesmo tempo, condenar a visão puramente legalista das formas, segundo a qual a validade dos atos processuais está atrelada a sua realização nos estritos termos da lei.

Por tal razão é que o jurista italiano sustenta que o cumprimento da finalidade essencial do ato é o elemento que garante sua validade, ainda que a realização deste tenha ocorrido em desconformidade ao disposto pela norma que o rege. Em outras palavras, Liebman interliga as noções de validade dos atos processuais ao princípio da instrumentalidade das formas.

Bem por isso é que se afigura necessário avaliar, ainda, a correlação entre o princípio da instrumentalidade das formas e a própria flexibilização

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Vol. 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 258.

procedimental, para possibilitar a formação de parecer conclusivo no que diz respeito a realidade da relativização procedimental no sistema processual brasileiro.

A par disso e em linhas gerais, a relativização procedimental se relaciona diretamente com a possibilidade de adequação dos atos processuais à realidade evidenciada no caso concreto em análise, mesmo que estejam em desconformidade com normas formais positivadas, permitindo a modificação e até mesmo a eliminação de atos quando analisados levando-se em consideração a realidade fática que envolve o litígio.

Além disso, consigne-se também a incapacidade legislativa em prever todas as situações fáticas possíveis. Portanto, restou nítida a alta carga de falibilidade em agrupar os diversos tipos de demandas de acordo com critérios subjetivos legalmente estabelecidos.

Ora, referida conduta revela-se, em última análise, insuficiente para englobar toda a diversidade e complexidade inerente às relações desenvolvidas em sociedade, o que, por sua vez, resulta num processamento ineficaz do feito.

Confira-se a lição ministrada por Cândido Rangel Dinamarco acerca do tema:

A visão instrumental do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (...). O legislador brasileiro contemporâneo, seja no plano constitucional ou no infraconstitucional, tem sido louavelmente sensível à tendência instrumentalista, como se vê na implantação do mandado de segurança coletivo, do processo especialíssimo para as causas de menor expressão econômica e de instrumentos para a tutela coletiva (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor). (DINAMARCO, 2009, p. 368).

De fato, esse cenário permitiu que os debates acerca de eventual flexibilização procedimental ganhasse maior relevância, passando a perquirir sobre os efeitos práticos que tal postura implicaria.

Logo, é possível afirmar, com muita segurança, que a implementação da flexibilização procedimental no sistema processual brasileiro ganhou, na construção do Novo Código, não apenas um espaço, mas um local de destaque, de onde foi capaz de orientar a disposição de todo seu conteúdo.

A visão consagrada pelo princípio da instrumentalidade das formas se manifesta, portanto, a fim de transformar a atividade jurisdicional em algo o mais

próximo possível da realidade fática, razão pela qual estabelece compatibilidade com noções de celeridade e economia processual, bem como eficácia da prestação.

O descumprimento dessas recomendações acarreta consequências perfeitamente descritas nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

(...) Em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor *justiça* como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade. (DINAMARCO, 2009, p. 347).

O grande clímax que emerge da defesa de uma possível relativização procedimental, de um modo geral – seja no que concerne ao instituto da preclusão, seja no que diz respeito aos demais institutos processuais –, advém precipuamente da atuação dos operadores do direito.

É dizer, o próprio sistema processual esteve admitindo, seja durante a vigência do código revogado e mais ainda durante o novo momento iniciado pelo código atual, a importância e necessidade da renomada flexibilização.

O que ocorre, diferentemente do que interpreta a grande maioria, é a negligência, por parte dos operadores do direito, que insistem pela valorização do formalismo procedimental exacerbado no cotidiano.

Bem por isso é que se afigura necessário avaliar, finalmente, a correlação entre o princípio da instrumentalidade das formas e a própria flexibilização procedimental, para possibilitar a formação de parecer conclusivo a respeito.

Isso porque a flexibilização aqui tratada pressupõe adequação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, sem que tal prática seja considerada violação ao ordenamento vigente. É dizer, enquanto a instrumentalidade propriamente dita discorre acerca da ocorrência de uma violação, a flexibilização surge a partir de uma permissão legal.

Vale mencionar novamente as considerações atinentes à alteração realizada por meio do Novo Código de Processo Civil no âmbito recursal, em que o legislador concede autorização especial para que a parte não suporte a incidência imediata da preclusão quando a matéria contra a qual deseja se insurgir não estiver disciplinada no rol taxativo que permite a interposição de agravo de instrumento.

Tal dinâmica evidencia de forma muito clara que a partir do momento em que o legislador altera o sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias, estabelecendo regra que permite a extensão da recorribilidade para aquelas matérias não previstas no rol cujo tema se encontra regulado, acaba por conceder a permissão legal que antecede a relativização da regra procedimental em determinadas hipóteses, evitando prejuízos às partes e ao direito material discutido.

De maneira singela, pode-se dizer que a matéria não prevista no rol taxativo da recorribilidade imediata não sofrerá os efeitos da preclusão.

Em outras palavras, equivale a dizer que a decisão alvo da insurgência não se tornará imutável imediatamente, pois quando o legislador mitigou a recorribilidade das interlocutórias, tratou de prever também a flexibilização da preclusão, conciliando as alterações, de maneira que o momento previsto que o instituto opere seus efeitos ocorrerá somente em sede de apelação, se a questão não for suscitada naquele momento.

Fácil perceber que essa sistemática, ao prever a possibilidade de alargamento no que tange à produção dos efeitos preclusivos, cuida ser hipótese totalmente nova e inesperada ao que, na essência, se conhece e denomina como instituto da preclusão.

Com base em referidas premissas, desponta perfeitamente correto sustentar que o Novo Código de Processo Civil, ao promover significativas alterações no sistema de recorribilidade das interlocutórias, acaba por corroborar as elucidações e argumentações desenvolvidas no presente trabalho.

Isso porque, incorporando a visão instrumentalista e adotando postura voltada à busca pelo resultado útil do processo, o atual código de processo reforça sobremaneira a preocupação com o processo e, assim, prioriza a adoção de condutas procedimentais que não ocasionem prejuízo às partes e ao direito material discutido.

Ademais, parece indiscutível que além do zelo para com a salvaguarda dos interesses das partes envolvidas, o novo código eleva os ideais processuais a um patamar elevado na medida em que prega a preocupação em moldar o procedimento às peculiaridades do caso concreto trazido a juízo.

Conclui-se, portanto, que o cuidado em evitar prejuízos aos indivíduos que compõem os polos na dinâmica processual, bem como ao direito material objeto do litígio, na verdade, constituem uma das mais importantes premissas para que o

órgão jurisdicional seja capaz de fornecer tutela que, além de justa, se revele também eficaz, atendendo aos clamores sociais. Logo, é crível observar que, para que consiga corresponder satisfatoriamente às incumbências aqui relacionadas, o Estado atua promovendo a flexibilização das regras procedimentais de preclusão processual defendida no presente trabalho.

6 CONCLUSÃO

Após extensa fundamentação, possível concluir, de maneira concisa, que a trajetória percorrida com o fim de atingir os direitos materiais pretendidos pelas partes – que é o processo –, é permeada por regras referentes ao rito utilizado e demais formalidades.

Contudo, é de grande valia considerar a inserção, neste contexto, de valores e princípios que visem diminuir o impacto negativo causado pela burocracia processual nas situações concretas vivenciadas pela coletividade, para que o instrumento estatal possa concretizar a promessa de prestação de tutela jurisdicional justa.

Isto porque, uma vez que o acesso à jurisdição trata-se de garantia constitucional, compreende-se que o Estado garante não apenas o direito a uma sentença, mas a uma sentença justa. Logo, fácil concluir pela necessidade de que este mesmo Estado ofereça aos indivíduos, como mecanismo efetivo na defesa de seus direitos, uma prestação jurisdicional adequada.

Bem verdade que os pronunciamentos jurisdicionais pressupõem procedimentos e técnicas processuais, aptos a viabilizarem, concomitantemente, a concretização dos valores que norteiam a fundamentação do próprio direito processual civil – justiça e celeridade.

Dessa forma, o que se busca é concretizar o chamado formalismo moderado, que atenda aos objetivos inerentes ao processo, traduzidos na solução satisfatória dos conflitos de interesses, na medida em que proporciona a relativização de normas que se mostrem desnecessárias ou não ocasionem prejuízos a qualquer das partes ou à legalidade do processo.

Tais considerações, se bem aplicadas no cotidiano do Poder Judiciário, promoverão a minoração do caráter protelatório e da morosidade que circunda os procedimentos judiciais e macula a esperança de celeridade e efetividade.

Não é demais mencionar também que, como visto, o engessamento do procedimento retira o intuito que o próprio constituinte manifestou ao preconizar, na Constituição Federal, fatores que elevam o processo a um patamar de estado ideal, ou seja, a contribuição que este pode (e deve) gerar para que sejam estabelecidas posturas melhoradas do direito e novas maneiras de pensar e encarar situações fáticas, conferindo eficiência à medida.

Imperioso considerar que tanto as partes quanto o magistrado responsável pelo julgamento do litígio levado a juízo em forma de ação, são coprotagonistas desse contexto em que a preocupação deve ser, em um primeiro momento, com relação ao fim essencial do processo – o direito material – e, em segundo plano, à aplicação do formalismo moderado das formas e ritos positivados na Constituição e também na legislação infraconstitucional.

Neste contexto, possível constatar a importância que carrega a instrução probatória para que o conhecimento do juiz a respeito dos fatos chegue o mais próximo possível da realidade vivenciada pelas partes e, por consequência, lhe proporcione melhores condições de proferir decisão justa.

Ademais, a importância em conferir o devido prestígio ao conjunto probatório, permitindo eventual flexibilização das regras de preclusão, se torna ainda maior quando analisada em consonância ao que dispõe o princípio do livre convencimento motivado do juiz, porquanto se presta a coibir arbitrariedades, já que o mencionado convencimento do magistrado deve permanecer adstrito aos elementos de prova coligidos aos autos.

Por tais razões é que se verifica possível pontuar que as provas constituem garantia constitucional, visto que decorrem naturalmente dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, inculpidos na Constituição Federal, mais precisamente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º. Por outro lado, essa garantia também se afigura como legitimação da própria tutela jurisdicional, condizente com o próprio Estado Democrático, na medida em que permite aos indivíduos a atuação positiva perante o órgão jurisdicional.

Para tanto, demonstrou-se que direito material e direito processual, embora sejam institutos divergentes enquanto ciência, reclamam tratamento que traduza a relação de complementaridade existente entre ambos.

Não é possível admitir, atualmente, a aplicação da anterior subordinação do direito processual em relação ao direito material, vez que aquele já atingiu autonomia como ciência. Igualmente, o processo não pode sofrer com a formalidade excessiva, oriunda das classificações e estudos acerca dos institutos, menosprezando sua real finalidade.

Portanto, possível concluir que deve ser analisado como instrumento, permitindo ponderações e reflexões diversas por parte dos operadores do direito,

acerca da melhor maneira a fim de se atingir a finalidade de pacificação social e solução eficaz dos conflitos.

No entanto, muito embora assumam caráter de garantias constitucionais, as provas, bem como o direito de produzi-las, não são absolutas em si, mas se sujeitam ao prévio controle judicial e demais restrições impostas pela lei.

É justamente este o contexto responsável por revelar a pertinência da análise sobre a correta aplicação do instituto da preclusão em relação à atividade probatória exercida em juízo. Percebeu-se, logicamente, que a preclusão temporal, preocupando-se que os atos sejam praticados obedecendo ao tempo previsto em lei para tanto, acaba por evidenciar falta de comprometimento com a busca pela verdade e, conseqüentemente, com a justiça material.

A par disso, foi possível vislumbrar que a celeridade processual carrega alta carga de responsabilidade e importância, na medida em que constitui uma das vertentes da própria justiça, já que seria impossível entregar à parte um pronunciamento revestido da justiça plena sem que se observasse lapso temporal razoável. Porém, isso não equivale a sustentar que, objetivando ao atendimento da celeridade, permite-se a liquidação do direito material, que é nada menos do que a própria finalidade do processo.

Logo, soa inócuo buscar resolver o óbice da morosidade judiciária por meio de um sistema rígido de preclusões, sob pena de se cometer número considerável de injustiças e, pior ainda, alimentar a falsa percepção de resolução do problema, naquilo que a sabedoria popular consagrou como “tapar o sol com peneira”.

Contudo, note-se que isso não significa dizer que a produção de provas não se submete a nenhum tipo de controle, de modo que a busca pela verdade material não sofra qualquer tipo de limitação. O que se busca é asseverar a necessidade de análise conforme o caso concreto, com ponderação de valores e balanceamento de princípios constitucionais, possibilitando que o magistrado estabeleça qual dos valores em conflito deve prevalecer e, de outro lado, qual deles deve ser suprimido.

A lei, no entanto, não traz critérios objetivos que se prestem a nortear o operador do direito que, de repente, se vê diante desse tipo de situação. Por tal razão e para auxiliá-lo na árdua jornada que é a ponderação de valores, invoca-se, ainda, a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de buscar maior

harmonização dos direitos protegidos – busca da verdade e celeridade/segurança jurídica –, sempre atentado para a justiça que, como objetivo principal, pode ser traduzida como a decisão mais adequada e justa ao caso.

Em outras palavras, este cenário proporcionou concluir que não se pode perder de vista a segurança jurídica, eis que o Novo Código de Processo Civil não veio (e sequer poderia) prestigiar tão somente a celeridade processual, desprezando o ideal de justiça. Logo, ainda que a celeridade seja um dos principais objetivos do atual Código de Processo Civil, é recomendável frisar a necessidade de se oportunizar às partes o contraditório e ampla defesa, prestigiando o devido processo legal como valor máximo previsto na Constituição Federal.

Cabe ao juiz, portanto, assumir com firmeza seu poder – e dever – de direção com relação ao processo, sem coibir o direito das partes a eventuais flexibilizações procedimentais, mesmo que isso signifique modificação e até mesmo extensão do procedimento, sempre visando o alcance da justiça, revelando um processo rápido, porém condizente com a realidade fática apresentada.

Este é o único caminho para concretizar a entrega de prestação jurisdicional adequada, pois é justamente a associação de tais valores que deságua no equilíbrio pretendido pelo direito processual civil moderno.

Em outras palavras e de forma transparente, a lide deve ser resolvida de maneira satisfatória e a tutela jurisdicional prestada com justiça, mas sem que se perca de vista, logicamente, a celeridade e eficiência processual, aplicando-se, para tanto, a ponderação de valores que se vale dos critérios da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Alvim. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed, V. 2, Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997-2001.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, tradução da 2ª ed. Italiana de J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman. Editora Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, 4ª edição. Editora Atlas: 2008.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume I, 19ª edição. Editora Saraiva.

GIANNICO, Maurício. **A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 44ª ed. Editora Forense: 2006.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 12ª ed, V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 9ª ed. Millennium, São Paulo: 2003.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado Democrático**. São Paulo: Editora FTD, 1997.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **Anotações de Aula de Direito Processual Civil**. Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2016.

RUBIN, Fernando. **Fragmentos de Processo Civil Moderno: de acordo com o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC: Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. 1ª ed. Vol. 3. Campo Grande: Editora Contemplar, 2016.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 15ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume I. Editora Saraiva, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Adailson Lima e. **Preclusão e Coisa Julgada**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual e Processo de Conhecimento** – 54. Ed, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 14. Ed, V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.