

OMISSÃO INTENCIONAL DA FORMA E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

INTENTIONAL OMISSION OF FORM AND PROCESS INSTRUMENTALITY

Felipe Barbosa de Menezes¹

RESUMO

Este ensaio tem por objetivo enfrentar o tema referente às nulidades processuais e ao princípio da instrumentalidade das formas, especialmente para dar um enfoque mais abrangente a este instituto. O modelo formal estabelecido em lei, para a prática dos atos processuais, tem inegável importância para um sistema processual, já que condiciona a validade do ato à observância dos requisitos formais, trazendo segurança para o processo. No entanto, ante a existência de formas processuais destituídas de uma real finalidade, evidencia-se a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a abolição do modelo formal estipulado pelo legislador e o formalismo excessivo. Este ponto de equilíbrio é justamente o campo de incidência do princípio da instrumentalidade das formas, que traz a ideia de adequação entre a forma e o fim, de modo a admitir a convalidação do ato praticado eivado de vícios, caso o mesmo tenha atingido a finalidade almejada pela lei. Ocorre que, não obstante seja mais comum que a prática do ato inválido decorra de uma inobservância involuntária das normas processuais, por um lapso do juiz ou das partes, é possível que ocorra uma omissão propositada da forma e, ainda assim, haja uma abordagem instrumentalista do processo, invocando o princípio da instrumentalidade das formas e garantindo a efetividade, mas sem causar prejuízo às partes.

Palavras-Chave: Forma processual. Nulidade. Convalidação de vício processual. Instrumentalidade do processo. Omissão intencional da forma. Efetividade.

ABSTRACT

This article aims to address the issue regarding procedural nullity and the principle of instrumentality of forms, especially to give a more comprehensive approach to this institute. The formal model established by law, for the practice of procedural acts, has undeniable importance to a procedural system, because it affects the validity of the act for compliance with formal requirements, bringing security to the process. However, given the existence of procedural forms lack a real purpose, highlights the need to establish a balance between the formal abolition of the model set by the legislature and the excessive formalism. That balance is precisely the field of incidence of the instrumentality of the principle ways that brings the

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós Graduado em Direito Público com Ênfase em Magistério Superior pela UNISUL/SC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Secretário-Geral da Comissão de Advogados Públicos da OAB - ES. Procurador do Município de Cariacica-ES e Advogado militante.

idea of matching the shape and order, to admit the validation of the act riddled with flaws, if it has reached the end sought by law. It happens that, notwithstanding it is more common that the practice of invalid act results from an involuntary breach of procedural rules, by a slip of the court or the parties, it is possible that an intentional omission of form occurs and yet, there is an instrumentalist approach process, invoking the principle of instrumentality of the forms and ensuring the effectiveness, but without causing harm to the parties.

Keywords: Procedural form. Nullity. Ratification of procedural defect. Instrumentality of the process. Intentional omission of form. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que a comunidade jurídica do país já convive, há algum tempo, com uma nova proposta de direito processual civil, voltada à busca da efetividade, da forma simples e de um processo cada vez mais justo, que atenda o jurisdicionado da forma mais adequada ao seu direito material.

Neste contexto, o presente trabalho tem por finalidade enfrentar o tema referente ao princípio da instrumentalidade das formas, especialmente para dar um enfoque mais abrangente ao instituto, demonstrando a viabilidade de sua aplicação também nos casos de omissão intencional da forma processual, com o fim de adequar o processo às peculiaridades dos litigantes e proporcionar mais efetividade e um julgamento mais justo.

Primeiramente trataremos das nulidades processuais e suas especificidades, haja vista a importância deste instituto para o estudo da instrumentalidade do processo, já que, pelo menos de forma originária, é a invalidade processual que proclama o princípio da instrumentalidade das formas, especialmente quando, embora haja a nulidade, o ato processual atingir o fim almejado.

Pelo mesmo motivo, será relevante a abordagem, ainda que brevemente, do sistema de nulidades processuais e do princípio da instrumentalidade das formas, visto que indispensáveis para a compreensão do assunto proposto.

Por fim, entraremos no tema principal do presente trabalho, referente à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas também nos casos de inobservância proposital da forma prevista na legislação, com a finalidade de adequar o processo à peculiaridade do caso concreto e possibilitar ao jurisdicionado o alcance do seu direito material da forma mais justa, efetiva e célere.

2 A NULIDADE PROCESSUAL: CONCEITO E PARTICULARIDADES

O ato produzido no âmbito de qualquer processo é personificado por três importantes aspectos fundamentais, quais sejam, a forma, o conteúdo e a finalidade (RODRIGUES, 2010, p. 295). O aspecto “forma”, conforme veremos, é o que naturalmente é considerado no estudo das nulidades processuais, já que este instituto representa, justamente, a consequência cominada pela prática de um ato em desconformidade com o modelo previsto pelo legislador.

Segundo o professor José Roberto dos Santos Bedaque, o “*ato processual viciado* significa ausência de algum dos requisitos formais exigidos pelo legislador”, o que compromete a sua validade e a eficácia (2010, p. 422).

Aroldo Plínio Gonçalves (1993, p. 12) conceitua o instituto como “a consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”.

Com efeito, pode-se considerar que a lei estipula uma forma, ou seja, um modelo a ser cumprido para prática de atos processuais (exigências e regras técnicas) que, se não for devidamente observado pelas partes e pelo juiz, pode incorrer em nulidade.

Embora possa ser verificada certa divergência na doutrina nacional², grande parte adota o entendimento de ser a invalidade uma *sanção*.

Oportuna, aqui, a transcrição dos ensinamentos do professor Calmon Passos:

Esse entendimento não é pacífico, mas a ele nos filiamos, visto como se a nulidade é consequência do defeito do ato processual, parece-nos evidente o seu caráter de sanção jurídica. A lei corta os efeitos do ato atendendo a violação de quanto por ela prescrito. A decretação da nulidade, por isso mesmo, é o meio pelo qual o sistema garante o atendimento de quanto imposto para a prática do ato. (2002, p. 106)

O mesmo autor faz citação do professor italiano Remo Pannaim (1933, p. 478 apud PASSOS, 2002, p. 106) que entende a nulidade como sanção por ser “a consequência danosa de comportamento que se traduziu em imperfeição de um ato, imperfeição à qual o legislador reúne a improdutividade dos efeitos jurídicos”.

Na mesma esteira, ensina Alexandre Marder que:

A aplicação da sanção impede a produção de efeitos jurídicos – estes, sim, fundamentais para a qualificação do instituto-, sendo irrelevantes meras

² Posicionam-se contra a ideia de que a nulidade possuiu natureza jurídica de sanção: Herbert L. A. Hart, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Roque Komatsu (MARDER, 2010, p. 32-33).

consequências fáticas residuais. O fundamental é que a sentença proferida, a partir do reconhecimento da invalidade, passa a ser inapta a produzir as consequências jurídicas esperadas quando de sua prolação. Essa é a verdadeira sanção que caracteriza a invalidade, qual seja, de retirar os efeitos jurídicos do ato considerado inválido mesmo que persistam eventuais circunstâncias fáticas. (2010, p. 34/35)

O ordenamento jurídico, então, em algumas situações, reage ao defeito do ato processual, aplicando uma sanção à irregularidade evidenciada, o que é fruto de imposição do legislador, por política legislativa, quando não entende conveniente a produção dos efeitos do ato irregular (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 378).

Assim, podemos perceber que a nulidade processual é considerada como uma sanção imposta ao ato praticado sem observância aos preceitos de forma estabelecidos pela lei, e que *deve*, de fato, ser pronunciada pelo juiz³.

Realmente nos parece mais adequada a inclusão da nulidade processual na categoria das sanções, especialmente porque acaba por afastar a configuração da invalidade como consequência automática do vício, o que é muito importante, visto que o reconhecimento de uma nulidade processual somente se faz mediante pronunciamento judicial, que aplica essa sanção, conforme o caso. Inválido é, pois, apenas o ato assim declarado por decisão judicial⁴, proferida após o julgador concluir pela impossibilidade de aproveitamento do ato viciado.

Ato contínuo, importante também tratar, ainda que brevemente, dos tipos de invalidades do ato processual, de modo que podemos considerar, basicamente, três categorias⁵ de vícios oriundos da inobservância do modelo processual estabelecido pela lei: a inexistência, a nulidade e a simples irregularidade do ato.

Segundo o professor Muniz de Aragão:

O mais grave de todos é a inexistência do ato; o menos grave a simples irregularidade. Em posição intermediária se situa a nulidade, que comporta, por sua vez, idêntica distinção: a mais grave de todas é a nulidade absoluta; a menos grave é a anulabilidade. Em posição intermediária se situa a nulidade relativa (2005, p. 290).

³ Alexandre Marder aponta a relevância da decretação judicial da sanção de nulidade: “Reitere-se que poucas decisões ao longo do procedimento influenciarão tanto na promoção dos princípios da segurança jurídica e da efetividade quanto aquelas que decidam por aplicar, ou não, a sanção de invalidade. Por esta razão, poucas decisões serão tão importantes para a realização do processo justo quanto as que pronunciam sobre invalidades” (2010, p. 117).

⁴ Nas palavras de Fredie Didier Jr.: “Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades” (2005, p.15).

⁵ Segundo o professor Edson Ribas Malachini, “as categorias de nulidade dos atos processuais, como atos jurídicos que são, não diferem ontologicamente das mesmas categorias no campo do direito material. Nem teria sentido tal diversidade quando se focaliza a própria natureza, a essência do ato jurídico, seja processual ou não” (*Das nulidades no processo civil*, 1974 apud MARDER, 2010, p. 19).

Com efeito, o vício de inexistência é aquele representado pela falta de um requisito formal essencial para o ato que, por isso, traz relevantes consequências ao desenvolvimento do processo. Embora exista no mundo dos fatos, é inexistente no mundo jurídico (ARAGÃO, 2005, p. 290). Esta é a razão de sua maior gravidade. Como exemplos, podemos pensar na ausência das condições da ação (que iniciam o processo) e dos pressupostos processuais de existência da relação jurídica processual (RODRIGUES, 2010, p. 298).

Ao tratar dos tipos de nulidades, a doutrina clássica - capitaneada por Galeno Lacerda-, considera a natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico, apontando que

Se nela prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca nulidade absoluta, insanável, do ato. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes o pode invocar.

Quando porém a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade.

O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. (...) Daí decorre a faculdade do juiz de proceder de ofício, ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimento da omissão.

A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação da norma dispositiva. Por este motivo, como o ato permanece na esfera da disposição da parte, a sua anulação só poderá ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício. (...) Ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, em todos estes casos o saneamento depende pura e simplesmente de omissão do interessado. (1985, p. 71)

Como exemplo de infringência de norma que tutela interesse público, podemos considerar a violação das regras relativas à competência funcional (absoluta), o que acarreta a nulidade absoluta que, como visto, pode decretada *ex officio* pelo magistrado. Oportuna, aqui, novamente a citação das palavras do professor Muniz de Aragão (2005, p. 290):

Em tais casos, sendo unicamente do Estado o interesse protegido e estando o bem jurídico, lesado com a infração, acima do poder dispositivo dos litigantes – não importa que seja o próprio Estado – ou de sua capacidade de transigir, a existência da lesão pode ser declarada de ofício pelo juiz, ainda que os interessados estejam de acordo em que o ato prevaleça e seja mantido.

No caso violação de normas de interesse privado, podemos ter como exemplo prático o caso do despacho que ordena a penhora de bens impenhoráveis que, por se tratar de regra cogente (proibitiva), leva à nulidade relativa, podendo ser pronunciada de ofício. Já na hipótese de norma também de interesse exclusivo da parte, mas de natureza dispositiva (não obrigatória), sua transgressão gera a chamada anulabilidade, cujo saneamento depende do

requerimento do interessado. Seria o caso, por exemplo, da violação do critério territorial da competência.

Por fim, na escala da gravidade, conforme foi visto, as simples irregularidades processuais estão indiscutivelmente em nível inferior. São elas vícios de mínima importância, sendo infrações que em nada comprometem o interesse das partes e tampouco do interesse público, como os casos de erros de grafia, rasura ou emenda, espaços em branco ou entrelinhas não ressalvadas.

De qualquer maneira, não obstante todas as classificações e distinções que a doutrina apresenta, em relação às invalidades no processo, vemos tal sistematização como de pouca relevância prática, tendo em vista o entendimento no sentido de que qualquer invalidade pode ser sanada.

É exatamente o que expõe o professor José dos Santos Bedaque, em sua obra “Efetividade do Processo e Técnica Processual”:

(...) no estudo das nulidades importa muito mais a preocupação com a possível eficácia de um ato viciado que a busca de critérios seguros para a determinação do tipo de nulidade, se relativa ou absoluta.

Se adotada esta perspectiva, e estabelecida a premissa de que é possível desconsiderar qualquer tipo de vício, independentemente de sua gravidade, desde que atingida a finalidade desejada com a forma, reduz-se substancialmente a importância da distinção entre essas duas espécies de nulidade. (2010, p. 442)

Com efeito, segundo este pensamento, caso evidenciado algum vício processual, mas o escopo do ato tenha sido atingido e não tenha ocorrido qualquer prejuízo às partes, é plenamente possível que a invalidade seja sanada e o processo tenha seu curso continuado. Os princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo (que veremos adiante) permitem a desconsideração de qualquer vício processual, caso não fiquem comprometidos os fins pretendidos pelo legislador.

Aliás, este é o ponto essencial do sistema de nulidades processuais, que trataremos do tópico a seguir, o qual tem por premissa a ideia de que, independentemente da desobediência à forma legal pré-estabelecida, o que importa é o resultado, ou seja, o escopo almejado pela lei (BEDAQUE, 2010, p. 445).

3 O SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS

3.1 A importância da forma

Foi estabelecido pelo legislador pátrio, então, um modelo procedimental a ser observado para a prática dos atos no processo, subordinando sua eficácia e validade à obediência desses requisitos de forma.

A forma processual obrigatória tem, portanto, inegável importância, visto que representa um mecanismo de controle das partes, que gera segurança jurídica ao processo. Ela tem esta função de controle justamente porque “se àquele a quem afeta o ato é conferida certa escala de previsibilidade do que pode ter lugar, lhe é outorgada, também, possibilidade de se insurgir contra os atos que fogem ao que foi previsto” (WAMBIER, 2004, p. 197), a ponto de impedir a produção dos seus efeitos.

Segundo os professores Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini e Antônio Carlos de Araújo Cintra (2012, p. 378),

A falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza. Na medida do necessário para estabelecer no processo um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (sistema de nulidades).

Assim, o aspecto formal do processo tem sua razão de ser, sendo certo que a obrigatoriedade da forma constitui um fator de segurança e ordem para o processo e cria condições para assegurar a finalidade do ato processual e a justiça da decisão. Nas palavras de Bedaque, “sua observância, na grande maioria dos casos, garante a igualdade das partes e a efetividade do contraditório, impedindo seja o procedimento conduzido de forma arbitrária, em prejuízo a uma delas” (2010, p. 429).

3.2 Rigor formal exagerado / Forma desnecessária: críticas

Embora se reconheça a importância da forma para o processo, especialmente como mecanismo de controle e segurança aos litigantes, também é certo que é muito comum nos depararmos, diariamente no cotidiano forense, com inúmeras formas inúteis e sem

sentido, justamente por muitas vezes estarem destituídas de qualquer finalidade. Segundo Bedaque,

(...) a forma representa para o jurista uma garantia de legalidade e por isso muitas vezes ele não se preocupa em buscar a razão de ser de algumas exigências formais, que as vezes não têm nenhum objetivo. Dai porque subsistem ainda formas sem sentido, que representam sérios obstáculos à celeridade e efetividade do processo (2010, p. 426).

Não se trata, aqui, de simplesmente desvalorizar a forma preestabelecida pela lei, mas sim de uma crítica ao rigor formal exagerado. É importante a busca da razão de ser da exigência formal, da idoneidade do procedimento exigido pela legislação.

Aliás, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006, p. 19) alerta, inclusive, em relação ao risco de o formalismo excessivo afastar a perspectiva dos fins aos quais se propõe o processo, de modo à, ao invés de levar à realização do direito substancial, aniquilar o próprio direito ou gerar uma demora irrazoável da solução do litígio.

Sendo assim, a finalidade do processo de realizar a justiça no caso concreto deve prevalecer em relação o formalismo exagerado, fenômeno este que deve ser afastado para dar espaço aos verdadeiros fins previstos na norma. O sistema processual traz o mecanismo para que isso aconteça.

3.3 O Meio termo: Ideia do Sistema de Nulidades

Como já é possível perceber, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre a abolição total da forma legal (solução que não deve ser aceita) e o formalismo imódico. E essa harmonia entre os dois extremos pode ser alcançada pela regulamentação e interpretação equilibradas do sistema de nulidades processuais (BEDAQUE, 2010, p. 430).

Com efeito, o Código de Processo Civil brasileiro não vai –e isso é nítida característica de modernidade –, ao ponto de privar sempre o ato jurídico processual de seu efeito por simples inobservância de um procedimento preestabelecido, caso nenhum prejuízo seja gerado aos litigantes (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 326) e a finalidade da norma seja atingida.

A legislação permite que, caso atingido o escopo pretendido pela norma processual, bem como não tenha sido constada a ocorrência de qualquer prejuízo, seja o ato viciado sanado, dando legítimo prosseguimento ao processo, rumo a uma análise de mérito.

É aqui que se verifica a essência do sistema de nulidades processuais e se situa o campo de aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, do prejuízo, da economia processual, dentre outros.

Ensina o professor Bedaque que

Para correta compreensão do sistema de nulidade é preciso considerar a premissa maior adotada pelo CPC brasileiro: os vícios processuais, independentemente da sua natureza, devem ser sempre relevados se não comprometido o objetivo pretendido com a determinação da forma –e, conseqüentemente, se da violação ao modelo legal não resultar prejuízo (2010, p. 445).

Alexandre Salgado Marder (2010, p. 124), confrontando os valores segurança jurídica e efetividade, sustenta a necessidade do juiz, quando verificada a prática do ato em desconformidade com o modelo legal, antes de aplicar a sanção de nulidade, “fazer uma análise envolvendo os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, a fim de concluir qual deve prevalecer no caso concreto, à luz dos postulados normativo-aplicativos” (...).

Neste sentido, pode-se concluir que o sistema de nulidades processuais adotado pelo CPC traduz a ideia de se evitar o exagero na aplicação das regras sobre a forma do ato processual, buscando o afastamento da forma inútil e da atipicidade irrelevante, a fim de impedir a decretação da invalidade processual nos casos em que, embora o ato tenha sido praticado de forma diversa da prevista, tenha ele atingido sua finalidade, sem que ocorra qualquer prejuízo.

A atividade saneadora do magistrado, exercida ao logo do procedimento, não deve ser voltada ao reconhecimento de invalidades e à extinção do processo sem o exame de mérito, mas ao contrário: deve haver uma preocupação na preservação e saneamento dos atos, para o prosseguimento do processo ate seu objetivo final, que é o exame meritório (do direito material).

4 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Neste tópico, cuidaremos, em linhas gerais, do principal preceito que norteia o sistema de nulidades processuais: o princípio da instrumentalidade das formas⁶, que também

⁶ A base legal do princípio encontra-se em mais de um dispositivo do CPC: art. 244, art. 249,§1º e art. 154, sendo que todos trazem um mesmo ponto em comum, referente à permissão de desconsiderar o defeito processual do ato quando sua finalidade tenha sido atingida.

tem seu campo de aplicação em conjunto com os princípios da ausência de prejuízo, da causalidade, do interesse, da preclusão e da economia processual.

A observância de preceitos de forma representa, certamente, uma garantia para as partes de que o processo seguirá um regramento previamente estabelecido. No entanto, a instrumentalidade das formas é caminho posto para prevalecer a efetividade do processo em detrimento da observância da forma dos atos processuais, nos casos autorizados.

O professor Elpídio Donizetti conceitua o princípio em questão da seguinte forma:

De acordo com o princípio da instrumentalidade, o ato processual que alcançar a finalidade para o qual foi elaborado será válido, eficaz e efetivo, mesmo que praticado por forma diversa da estabelecida em lei, desde que não traga prejuízo substancial à parte adversa. O que importa para o processo é que o ato atinja o escopo almejado, ainda que não tenha obedecido todos os requisitos formais de validade (2009, p. 80).

A ideia fundamental, portanto, é a adequação entre a forma e o fim, de modo que não se deve decretar a nulidade se foi atingida a finalidade do ato. Tal princípio proporciona uma “relativização das invalidades, porquanto autoriza a desconsideração da atipicidade caso o ato praticado tenha alcançado o fim previsto em lei” (MARDER, 2010, p. 64).

No mesmo sentido, destacando caráter instrumental das formas, a professora Tereza Arruda Alvim Wambier (2004, p. 177) afirma “as formas do processo são meios para atingirem-se fins. Estes, se atingidos, não fazem com que a ausência de atenção à forma gere nulidade”.

Calmon de Passos denomina o instituto como *princípio de equiipolência das formas*, destacando que:

A consecução do fim, a pesar da imperfeição do ato, constitui um *equivalente* dos requisitos que faltaram ou foram defeituosos. Fez valioso legislador o princípio da *equiipolência das formas*, tendo como perfeito, para fins de sua eficácia, o ato cumprido por forma diversa daquela prevista na lei (2002, p. 130).

Ademais, questão interessante é tratada pela doutrina italiana, que aponta que na legislação processual da Itália existe expressa previsão de possibilidade de decretação da nulidade absoluta, mas apenas em caráter excepcional, o que também representa uma clara influência do princípio da instrumentalidade das formas⁷.

⁷ Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 446 apud BEDAQUE, 2010, p. 456) diz que “Por força desse princípio, “il rifiuto di qualsiasi ‘cieco ossequio’ Allá forma considerata como fine a se stessa, induce per lo piu il legioslatore a far dipendere dall’iniziativa Del soggetto interessato La valutazione concreta del pregiudizio, che possa derivargli dall’inosservanza formale, evitando, cosi, di dissimulare il processo di

Por fim, Samuel Meira Brasil registra que a instrumentalidade é proporcionalidade aplicada ao processo e, em razão disso, deve ser tratada como *postulado*, inclusive:

(...) Logo, não nos parece exagero afirmar que a instrumentalidade nada mais é do que o postulado da ‘proporcionalidade’, que ocorre com a relação existente entre regras e princípios processuais. Muito embora não existisse uma referência direta à denominação “proporcionalidade”, a ciência processual já conhecia, com bastante antecedência, os componentes da hoje denominada proporcionalidade, como os postulados da *necessidade* e da *adequação* (2007, pag. 101).

Por todo o exposto, é nítida a relevância da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, haja vista que auxilia na busca da efetividade e da justiça no julgamento, mostrando que os efeitos devem prevalecer em face da atipicidade irrelevante do ato processual, colaborando para a preservação do mesmo, até quando viciado. Entretanto, entendemos que também se verificará um processo efetivo, célere e justo e, da mesma forma, sem ofensa a segurança jurídica, no caso da omissão intencional da forma processual, com o escopo de adequação do procedimento. É o que trataremos a seguir.

5 INSTRUMENTALIDADE E OMISSÃO INTENCIONAL DA FORMA

Conforme foi visto, o modelo formal estabelecido pelo legislador, para a correta prática dos atos processuais, tem inegável importância para o sistema processual brasileiro.

Tal modelo estipula exigências técnicas e regras legais, subordinando a eficácia e validade do ato à observância dos requisitos de forma (KOMATSU, 1991. p.129), o que constitui um fator de segurança para o processo.

Entretanto, foi visto também que é comum nos depararmos diariamente com a existência de formas processuais inúteis, sem sentido e carentes até mesmo de uma finalidade, traduzindo um rigor formal tão excessivo a ponto de gerar desigualdades no relacionamento das partes e morosidade do processo, além de se transformar num instrumento de injustiça substancial (BEDAQUE, 2010, p. 428).

Neste contexto, evidencia-se uma clara necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a eliminação do modelo formal estipulado pela lei e o formalismo exagerado.

‘trabocchetti’ formali sproporzionati, rispetto al reale bisogno”. Além disso, “i’irrimediabilita e La pronunziabilita d’ufficio di talune nullità vanno ristrette ai casi in cui la legge ritenga Il vizio così grave, de porre in pericolo non soltanto gli interessi di parte, ma anche, e soprattutto, gli interessi pubblici al regolare svolgimento del processo”.

Esta busca pelo “meio-termo” traduz a própria essência do sistema de nulidades processuais, onde se deve buscar a “simplificação da forma, com a conseqüente eliminação do formalismo inútil e a valorização da finalidade” (BEDAQUE, 2010, p. 434). E é aqui que principalmente se evidencia o campo de incidência dos princípios norteadores do sistema de nulidades, dentre eles, e em notável destaque, o da instrumentalidade das formas.

Com efeito, e conforme já exposto, pode-se dizer que o princípio da instrumentalidade das formas traduz a ideia de adequação entre a forma e o fim, de modo a não recomendar decretação da nulidade do ato se sua finalidade foi atingida.

Nas palavras do professor Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 6), “por este princípio entende-se que, sendo a forma instrumento, meio, e não fim, o que se preocupa apurar para se definir uma nulidade é a circunstancia de ter ou não sido atingido a finalidade do ato”.

Segundo Bedaque, o modelo dos atos processuais já é esquematizado por meio de disposições legais que estabelecem o padrão a ser observado para que o processo alcance os fins a que se propõe:

(...) os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que têm a alcançar. E é por isso, e somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A força do ato serve como meio para a consecução de seus escopos; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas (out./dez. 1990, p. 31-32).

É, portanto, o principal preceito norteador do sistema de nulidades processuais, principalmente porque leva em conta a visão finalística do processo, considerando-o como meio, e não fim, de modo a permitir a convalidação do ato praticado eivado de vícios (ato inválido), caso o mesmo tenha atingido o escopo pretendido pelo legislador.

Entretanto, embora seja mais comum que a prática de um ato inválido decorra de uma involuntária desatenção às normas processuais, seja por esquecimento, erro ou lapso do juiz ou das partes, é possível que ocorra uma omissão propositada da forma e, ainda assim, seja realizada essa abordagem instrumentalista do processo.

Neste caso, o princípio da instrumentalidade das formas também pode ser invocado.

Segundo o ensinamento do professor Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 138), a restrição da instrumentalidade das formas e a busca do princípio do maior resultado às hipóteses de não observância involuntária da regra processual significa limitar de forma

indevida o alcance dos princípios processuais norteadores do sistema de nulidades. Destaca o célebre autor:

Não se pode relegar toda a teoria da instrumentalidade ou do processo resultado justo, apenas às hipóteses em que o juiz, por equívoco ou esquecimento, não observa a norma legal. O juiz deve deliberadamente deixar de aplicar a regra processual, sempre que a mesma for inadequada ou desnecessária para os escopos do processo, ou sempre que implicar o sacrifício de um direito – processual ou substancial – de maior relevo (2007, p. 138).

Trata-se, aqui, de uma adequação da forma processual para melhor atender o fim almejado pela norma, ainda que contra literal disposição da regra a ser observada. A alteração intencional da forma prevista na lei processual, neste caso, visará sempre atingir o fim mais justo e um processo mais efetivo.

O professor Elpídio Donizette (2009, p. 80), considerando a norma do processo como técnica de efetivação do direito material, assim dispõe:

O princípio da instrumentalidade representa a ligação entre o direito processual e o direito material. As normas processuais têm de ser pensadas e aplicadas como técnica de efetivação do direito material. O processo serve ao direito material – porque o efetiva -, ao mesmo tempo em que é servido por ele. Trata-se da Teoria Circular dos Planos Material e Processual⁸, criação de Carnellutti.

Leonardo Greco, ao analisar o princípio da efetividade, faz ainda um comparativo deste com o princípio da celeridade, afirmando que "o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva" (2003, p. 305/88), o que demonstra a íntima conexão entre a prestação de uma jurisdição célere e o processo efetivo⁹.

A aplicação da instrumentalidade das formas, no contexto da intencional inobservância da forma processual, ainda que *contra legem*, mas para melhor atender ao processo no caso concreto, indubitavelmente contribui para a efetividade e, conseqüentemente, para uma jurisdição mais célere.

Para melhor compreensão do tema relativo à omissão propositada (mas válida) da forma, trabalheemos com dois interessantes exemplos abordados pelo professor Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p.138/139):

⁸ O processo é um "co-protagonista", atuando ao lado do direito material, para realizá-lo. É um instrumento para a realização do direito material, mas não deve ser visto como inferior a ele, havendo uma relação de complementaridade. É necessário pensar o processo à luz do direito material.

⁹ Neste sentido Alexandre S. Marder: "A celeridade é, sem sombra de dúvidas, uma das principais imposições trazidas pelo mencionado princípio, podendo-se afirmar que uma prestação jurisdicional morosa não cumpre com as exigências impostas pela referida norma" (2010, p. 92).

Em uma ação de reparação de danos pelo procedimento sumário, o autor requer a citação do réu e a designação da audiência de conciliação no prazo de 30 (trinta) dias, nos exatos termos do art. 277 do CPC. Consultada a pauta de audiências, a próxima data desimpedida para a realização da audiência seria dentro de um ano e três meses do ajuizamento da ação, em razão do elevado número de processos. O espaço previsto em pauta para as audiências de procedimento sumário também já estaria esgotado. Se a exigência de contestação, contida no art. 277 do CPC, fosse literalmente observada, a audiência de conciliação seria realizada no prazo de 15 (quinze) meses do ajuizamento da ação e, se houvesse necessidade de produção de prova oral, uma nova audiência – de instrução – deveria ser designada. Talvez depois de outros doze meses. O que o juiz deve fazer? Designar audiência para daqui a quinze meses do ajuizamento da ação? Entendemos que, nessa hipótese, o juiz poderia determinar a citação do réu para contestar, independentemente de audiência de conciliação. As razões são as seguintes. A aplicação estrita do art. 277 do CPC, com a designação de audiência, iria impor ao procedimento sumário uma duração maior que a do procedimento ordinário. Entretanto, a tramitação diferenciada do procedimento sumário tem por escopo uma prestação jurisdicional mais célere, rápida.

Se a aplicação da regra processual acarretar o inverso, ou seja, uma demora maior do que a tramitação ordinária, então a regra não é adequada – segundo as circunstâncias concretas do caso -, para a realização do escopo pretendido. Logo, neste contexto fático, o juiz pode, deliberadamente, ignorar a exigência de contestação em audiência ditada pelo art. 277 do CPC e determinar a citação para contestar em 15 (quinze) dias. Se a matéria for exclusivamente de direito, o julgamento ocorrerá ate mesmo sem audiência. Não vemos razão (contra-argumento) com força de convencimento suficiente para concluir em sentido diverso. Observem que não se trata de converter o procedimento sumário em ordinário, conforme autoriza a legislação processual, mas de manter o procedimento sumário (sem revisão, na hipótese de apelação, e outras características na fase executória) adaptado à necessidade de realizar seu escopo.

(...)

Outro exemplo de omissão intencional de forma processual, podemos obter no julgamento de agravo por instrumento em que o tribunal, sem ouvir o agravado, nega provimento ao recurso, apreciando o mérito recurso (*e. g.*, aplicando jurisprudência consolidada). Se o relator irá, no final da tramitação, desprover o agravo por decisão monocrática (art. 557 do CPC), não há necessidade de se instaurar o contraditório, pois a decisão será favorável a quem não teve a oportunidade de influir na decisão. Contudo, esta conclusão somente se aplica se o recurso for decidido monocraticamente, com fundamento no art. 557 do CPC. Caso contrário, se o recurso for submetido à câmara, os demais membros podem divergir do relator, e dar provimento ao agravo, proferindo decisão desfavorável a quem ficou privado do contraditório. Nesta hipótese, haverá dano efetivo ao agravado, que não se defendeu.

Portanto, se o relator se convencer de que o recurso deve ser desprovido, e que a jurisprudência encontra-se consolidada (art. 557 do CPC), pode intencionalmente deixar de formar o contraditório e negar provimento ao recurso (mérito recursal). O contraditório ficará diferido para um eventual recurso (agravo interno ou, até mesmo, para os tribunais superiores).

Como se pode observar, a ideia de permitir ao intérprete não aplicar a norma legal inadequada ao caso concreto e à peculiaridade da circunstância deparada, aplicando outro procedimento, acaba por dar, de fato, maior valor à efetividade do processo, finalidade do próprio enfoque instrumentalista do sistema processual.

Aliás, embora a observância de preceitos de forma represente uma garantia para as partes de que o processo seguirá um modelo legal previamente estipulado (valorização da

segurança jurídica), a instrumentalidade das formas é o caminho posto para prevalecer a efetividade do processo em detrimento da observância da forma dos atos processuais (SANTOS, out./nov. 2007, p.35-58), em determinadas situações, seja por meio de convalidação de um ato praticado com vício de forma, seja na própria omissão intencional da forma, da maneira e com o escopo mencionado.

Ora, não há nada mais apropriado para o processo do que adequar o procedimento sumário com regras do procedimento ordinário, ainda que este seja, por regra, mais delongado que aquele. O que irá determinar esta possibilidade será o caso concreto: se na situação tratada for mais vantajoso e célere para o processo não aplicar a regra do sumário, a tramitação diferenciada do procedimento estará justificada.

Da mesma maneira se evidencia, realmente, na hipótese do julgamento monocrático do agravo por instrumento (nos casos permitidos), no tribunal, conforme exposto no exemplo. Desnecessária ao escopo do processo a oportunização do contraditório, já que o fim foi atingido e não haveria prejuízo a outra parte. Aliás, oportunizar o contraditório neste caso seria, inclusive, contra a efetividade processual.

Assim, segundo o ensinamento do professor Samuel Meira Brasil (2007, p. 139), como existe um dever de adequação da técnica processual, adaptando-a ao caso concreto, não seriam (os exemplos tratados) casos de se deixar de praticar o ato processual inadvertidamente ou por mero engano do julgador. Estará o aplicador da lei intencionalmente alterando a forma de atingir o fim pretendido, ainda que *contra legem*. E conclui o autor:

Não se trata, pois, de estudar a instrumentalidade apenas sob o aspecto da convalidação de atos inválidos, mas de ampliar o alcance do instituto, para autorizar a não aplicação da norma processual voluntariamente, visando sempre ao resultado mais justo e adequado para a resolução das controvérsias.

Oportuna, aqui, a citação das palavras do professor Bedaque, no que se refere à necessidade do magistrado de ajustar a técnica processual ao direito substancial:

não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação das exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo (1995, p. 51-52).

Da mesma forma ensina o professor italiano Nicola Picardi, ao tratar da notável “criação jurídica” imposta ao órgão jurisdicional, no âmbito do processo:

Não se pode mais aceitar, na condição atual do direito processual, a concepção de que a tarefa do magistrado deva se limitar a reconhecer um direito previamente elaborado pelo legislador, ou seja, que o juiz seria apenas um agente que reconhece o direito preexistente. Não é essa a melhor compreensão do fenômeno jurisdicional nos tempos atuais (2004).

Ademais, da mesma forma que a técnica processual não pode funcionar como “uma armadilha, pronta para eliminar os direitos deduzidos em juízo, ao primeiro sinal de descuido em sua representação” (OLIVERIA, B., 2008, p.33), deve ser bem vista a ideia de adequação propositada desta técnica, em prol de uma maior efetividade na resolução das controvérsias específicas de uma determinada lide, ate mesmo porque, conforme o exemplo já posto em linhas anteriores, se a aplicação da regra processual prevista em lei acarretar uma demora maior do que um outro modelo a ser utilizado, a regra legal não é adequada – pelo menos no que se refere às circunstâncias concretas do caso - para a realização do fim desejado.

Por todo o exposto, podemos concluir que, no atual contexto do direito processual civil brasileiro, é cada vez mais necessário que seja dado um enfoque mais abrangente ao princípio da instrumentalidade das formas.

A instrumentalidade induz, além da convalidação de um ato inválido, por ter ele atingido seu fim, a adequação da forma processual (ação intencional) às exigências do caso concreto, a fim de atingir o real escopo das normas do processo: possibilitar ao jurisdicionado alcançar seu direito material da forma mais justa e efetiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi exposto, a forma processual estabelecida pelo legislador é, sem sombra de dúvidas, de extrema relevância para a marcha do processo, revelando-se um inegável mecanismo de segurança jurídica.

Entretanto, por meio de uma interpretação equilibrada do sistema de nulidades, podemos perceber a importância, também, de se buscar um meio termo, uma harmonia entre a segurança jurídica das formas e a efetividade do processo, tendo em vista que vivemos rodeados de situações práticas em que, ora a forma é inútil e não atende a real finalidade almejada do processo, o que permite a convalidação de uma eventual invalidade, ora ela há de ser voluntariamente ignorada, para aplicação de outra mais adequada à resolução da controvérsia específica dos litigantes.

Neste contexto, podemos concluir que também haverá um processo justo, e sem ofensa a segurança jurídica, no caso da omissão intencional da forma preestabelecida, com o intuito de adequar o processo à particularidade do caso concreto. Caso seja, na situação em concreto, mais benéfico e célere para o processo não aplicar eventual regra de um procedimento, em prol da utilização de regras de outro, a omissão intencional da forma, com uma tramitação diferenciada do procedimento, estará plenamente justificada.

A ideia, portanto, de ampliação da aplicabilidade do instituto da instrumentalidade das formas deve ser vista como válida e viável, como forma de proporcionar mais efetividade ao processo e maior justiça à decisão. A limitação do alcance do instituto, aliás, ofenderia não só a efetividade do processo, mas, de certo modo, o próprio postulado do acesso à justiça, que notadamente é a síntese de todos os princípios e garantias do processo (DINAMARCO, 2009, p. 359).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II: arts. 154 a 269. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 60, p. 31-32, out./dez. 1990.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: A argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

DONIZETTE, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica* 305/88, 2003.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 137, jul. 2006.

OLIVERIA, Bruno Silveira. O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo. *Revista de Processo – RePro* 160, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de um teoria das Nulidades Aplicadas à Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 58-n.1/44, Milão, março/2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais...*, 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em: 17 jul. 2013.

THEODORO JR., Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista Gênese de Direito Processual*, Curitiba: Ed. Genesis, 1997.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, 54ª Ed., vol. 01, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.