

O FORMALISMO EXCESSIVO NA ADMISSIBILIDADE RECURSAL: MECANISMO DE COMBATE À MASSIFICAÇÃO?

THE EXCESSIVE FORMALISM IN THE APPEAL ADMISSIBILITY: MECHANISM FOR COMBATING MASSIFICATION?

Elaine Harzheim Macedo¹

Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia da Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Daniele Viafore²

Mestre em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela PUCRS

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar o excesso de formalismo no juízo de admissibilidade recursal pelos órgãos jurisdicionais. O grande volume de processos que tramitam pelo Poder Judiciário tem causado um despropositado enrijecimento dos requisitos de admissibilidade recursal com a consequente violação de garantias processuais básicas que devem preponderar no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil; formalismo excessivo; admissibilidade

recursal; massificação; Poder Judiciário.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the excessive formalism of appeal's admissibility by the courts. The large volume of cases dealt by the Judiciary has caused a stiffness of requirements for appeal's admissibility that has translated in obvious violation of basic procedural guarantees that should be preserved in a Democratic State of Law.*

KEYWORDS: *Civil procedure; excessive formalism; admissibility appeal; massification; judiciary.*

¹ Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia da Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente e Corregedora do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

² Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS e pela Faculdade IDC-RS. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada militante no Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Juízo de admissibilidade recursal; 2 O excesso de formalismo no juízo de admissibilidade recursal; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Trial of appeal admissibility; 2 The excess of formalism in trial of appeal admissibility; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

No limiar desse novo milênio, marcado pela massificação processual, o sistema recursal assumiu grande relevância no ordenamento jurídico pátrio, mormente quando se tem o não conhecimento de um recurso frente a meras questões de ordem formal, renunciado o órgão jurisdicional à controvérsia submetida a reexame ou enfrentamento à luz da questão constitucional ou federal.

De modo geral, poucos aquiescem passivamente à adversidade³. O vencido nunca se conforma com o provimento desfavorável. Se a decisão é justa ou injusta é questão insolúvel da qual se ocupam os filósofos sem muito sucesso⁴. Ainda, a nossa formação cultural estimula os advogados a recorrerem de tudo, contra tudo e contra todos, tornando intermináveis os processos⁵.

É inegável que o acúmulo de recursos nos tribunais amplia o rigor formal no juízo de admissibilidade recursal, muitas vezes em prejuízo do princípio maior que diz com a função jurisdicional, que, embora voltada à composição de conflitos, não pode perder de vista os princípios, as garantias, os objetivos e a finalidade que inspiram o Estado brasileiro, à luz dos artigos instauradores da Constituição Federal. Atualmente, à luz dos princípios fundamentais do processo civil, percebe-se que há flagrante exagero em certos formalismos incrustados na legislação brasileira, bem como na jurisprudência pátria a cercear, injusta e por vezes desproporcionalmente, a admissibilidade dos recursos.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o recurso, como ônus processual do vencido, ainda que se volte contra decisão judicial, afeta diretamente a esfera do patrimônio processual e material do vencedor, na medida em que sua não interposição, ou interposição equivocada produz, como consequência, a

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista Forense*, v. 349, p. 86-87, jan./mar. 2000.

preclusão da decisão, passando essa situação jurídica a ser absorvida pela parte adversa, a quem a decisão aproveita.

Buscar esse equilíbrio entre forças tão opostas é sempre um desafio, tanto para os operadores do direito como para os pesquisadores.

Neste espaço, pretende-se analisar, como contribuição, o excessivo formalismo no juízo de admissibilidade recursal no direito processual civil brasileiro, bem como os limites do julgador para não se sobrepôr ao agir da parte, em flagrante ofensa à garantia da terceiridade ou equidistância do órgão julgador.

1 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário⁶. Vale essa técnica – porque de técnica se está falando – já na instauração do processo (petição inicial e sua ordem lógica, conforme art. 282 do CPC), como para resposta do réu (na contestação cabe discutir preliminarmente as questões de ordem processual, que poderão levar à extinção do processo, para depois adentrar no mérito, conforme arts. 301 e 302 do CPC), como para o Magistrado, que há de enfrentar a relação processual sob seu aspecto de validade e legitimidade (arts. 267, inciso I, IV, V e VI, do CPC, por excelência), para, momento lógico contínuo, adentrar no mérito (art. 269 do CPC).

Não é diferente no âmbito recursal, ainda que guardem os recursos regras próprias de validade, legitimidade e mérito. Segundo Alfredo Buzaid, admissibilidade e procedência do recurso são dois conceitos que a análise distingue. O juízo de admissibilidade é puramente formal, examinando-se nele se houve ou não o concurso dos requisitos necessários à interposição do recurso. A verificação da procedência, ao contrário, é um juízo substancial, porque por

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 260.

ele se visa a atacar a injustiça⁷, ou ilegalidade da sentença – segundo as palavras do autor⁸.

O juízo de admissibilidade recursal não se confunde com o juízo de mérito. Chama-se juízo de admissibilidade àquele em que se declara a presença ou a ausência de semelhantes requisitos ou pressupostos e juízo de mérito àquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula. Ainda, o juízo de admissibilidade consiste na análise do preenchimento dos requisitos intrínsecos e extrínsecos. Já o juízo de mérito verifica se tem ou não razão o recorrente no que alega⁹. Nesse particular, importante registrar que o mérito do recurso não se confunde necessariamente com o mérito da demanda. A exemplo, quando o apelo se volta a desconstituir a decisão base no cerceamento de defesa, o reconhecimento da tese leva à procedência do apelo, nada significando que o recorrente tenha êxito na demanda em curso, que apenas retomará seu caminho, superado o vício de cerceamento de defesa, devolvendo-se ao juízo de primeiro grau a decisão sobre os pedidos formulado na ação, ao efeito de serem acolhidos ou rejeitados, na forma do art. 269, I, do CPC. Ao contrário, se a tese de cerceamento for afastada, havendo também enfrentamento das questões que levaram à procedência ou improcedência da ação, limita-se a ter por superada a preliminar de nulidade do processo e, no mérito, reexaminar a decisão recorrida. Trata-se, ambas as postulações deduzidas no recurso (pedido de desconstituição e, força no princípio da eventualidade, pedido de reforma da sentença), de questões de mérito, de questões de fundo (do recurso).

No que tange à natureza, o juízo de admissibilidade pode ser positivo ou negativo e é essencialmente declaratório. Será positivo se concorrerem todos os pressupostos exigíveis para a emissão do novo pronunciamento requerido, ou imposto pela lei; será negativo na hipótese de faltar um (ou mais de um) desses

⁷ Na verdade, o tema de “injustiça” da decisão, posto em destaque por Alfredo Buzaid, autoriza um debate próprio, que remete a controvérsia para o plano dos juízos de valor que a decisão judicial, ao enfrentar o conteúdo material do conflito, carrega inevitavelmente, de uma forma umbilical – decidir é tomar partido entre a versão “a” ou a versão “b” – e que está atrelado à própria concepção que se possa adotar quanto ao ato de julgar ou da atividade jurisdicional, que merece espaço próprio para o devido enfrentamento. Contudo, neste espaço, a palavra “injustiça” será levada em consideração como “irresignação” daquele que não se conforma com a decisão que lhe foi desfavorável.

⁸ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 153.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 261.

pressupostos. No primeiro caso, está em princípio aberta a via para o juízo de mérito; no segundo, fica ela preclusa, conforme antes exposto.

Quanto à competência para o juízo de admissibilidade, em geral, o recorrente interpõe o recurso perante o próprio órgão que emanou a decisão impugnada. Entre nós, constitui exceção a interposição de recurso perante o órgão diverso. É o que acontece, notoriamente, no caso do agravo de instrumento contra as decisões de primeiro grau, interposto diretamente no tribunal (art. 524, *caput*, do CPC)¹⁰. De qualquer sorte, as duas situações levam a um exame de admissibilidade que pode se desdobrar em duas ou até em três instâncias distintas, a corresponder em reexames sucessivos.

Senão vejamos.

O momento propício à emissão do juízo de admissibilidade coincide com o ingresso do recurso. Nesta oportunidade, por exemplo, verificam-se a tempestividade e o preparo, entre outros pressupostos recursais¹¹. Contudo, há acontecimentos supervenientes que tornam inadmissível o recurso. É o caso da desistência, fato impeditivo que pressupõe recurso interposto, ou da renúncia tácita pela prática de ato incompatível com o recurso. E mais, há ainda a falta de pressuposto recursal cujo exame é sonogado ao juízo *ad quem*, como ocorre com a ausência de profligação (inépcia ou até omissão nas razões do recurso que combatem a decisão recorrida), hipótese em que se reserva o seu exame ao Juízo *a quo*.

De um modo ou de outro, a instância superior pode e deve reexaminar o juízo de admissibilidade recursal realizado pela instância inferior, seja porque ela não esgota todos os pressupostos, seja por força de fato superveniente, seja porque, tratando-se de questão de ordem pública (regularidade recursal), não há preclusão para o juízo recursal¹². Dizendo de outra forma, quem pode o mais (reformular a decisão), pode o menos (reavaliar o recebimento do recurso). É o duplo controle da admissibilidade recursal, haja vista a possibilidade de revogação pelo juízo superior¹³.

¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119.

¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 122.

¹² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 122.

¹³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 811.

Não se descarta, outrossim, a hipótese de triplo juízo. No a) primeiro grau ou Juízo *a quo*, pelo b) relator do recurso, na forma do art. 557 do CPC ou como preliminar, e, por derradeiro, c) pela câmara ou grupo quando levado o recurso à mesa de julgamento (conhecido pelo relator, mas que venha a ser não conhecido pela maioria dos componentes do colegiado, levando, neste caso, ao não enfrentamento da questão de fundo). Ou seja, também o colegiado não está adstrito ao exame levado a efeito pelo relator, nada impedindo que, neste momento derradeiro do procedimento recursal, a maioria incline-se para solução diversa daquela propugnada pelo relator e/ou juízo recorrido.

Tais desdobramentos, afeitos ao sistema recursal, acusam a importância do juízo de admissibilidade e de seu estudo.

1.1 CLASSIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

A admissibilidade de determinado recurso está submetida ao preenchimento de requisitos intrínsecos e extrínsecos¹⁴. Os requisitos intrínsecos concernem à existência do poder de recorrer; os extrínsecos, ao modo de exercer esse poder¹⁵.

Há diversas classificações doutrinárias quanto às condições de admissibilidade recursal.

Para José Carlos Barbosa Moreira¹⁶ e Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁷, os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser classificados em pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Nos requisitos intrínsecos estão: 1) o cabimento do recurso; 2) a legitimação do recorrente para interpô-lo; 3) o interesse no recurso; 4) a inexistência de algum fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Nos requisitos extrínsecos encontram-se: 1) a tempestividade; 2) a regularidade formal; e 3) o preparo.

Já para Nelson Nery Junior, os requisitos intrínsecos são cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, enquanto que os requisitos

¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota n. 8, p. 506.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 262.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, p. 46.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2002. p. 413.

extrínsecos são a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo¹⁸.

Tais requisitos dizem-se pressupostos genéricos, pois exigidos para todos os recursos, cada um dos quais, por sua vez, ficará ainda submetido a outras exigências especiais de admissibilidade que apenas a ele digam respeito¹⁹.

Visando a identificar a supervalorização da forma e o despropositado enrijecimento dos requisitos de admissibilidade recursal, ao presente estudo importa brevemente analisar o cabimento, a regularidade formal e o preparo.

1.1.1 Cabimento

A análise do cabimento do recurso envolve a aferição da relação de adequação entre a decisão e o recurso interposto. A legislação é que indica expressamente qual o recurso cabível das decisões judiciais²⁰.

Para ensejar o juízo de admissibilidade positivo, além de ser obviamente necessário que a decisão comporte algum recurso, cumpre que o recurso interposto coincida com aquele que a lei aponta como adequado ao caso²¹.

Entretanto, essa regra sofre ponderável atenuação no seu rigor por força do princípio da fungibilidade ou do tratamento mais favorável ao recorrente²².

José Carlos Barbosa Moreira entende que, constatado o erro justificável do jurisdicionado, cumpre ao Magistrado de ofício remeter o recurso para o órgão perante o qual deveria ter sido realizado o protocolo, a fim de que este analise a sua admissibilidade e, ato contínuo, com o juízo positivo, avance ao mérito²³.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 273.

¹⁹ Observa-se que mesmo os requisitos genéricos, às vezes, não são exigidos como condição de admissibilidade para certos recursos. Assim, por exemplo, ninguém negaria que o preparo seja um pressuposto genérico de admissibilidade para os recursos, e, no entanto, não se exige preparo no agravo retido (art. 522, parágrafo único, CPC), e nos embargos de declaração (art. 536 do CPC). In: MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

²⁰ Os arts. 102, II e III, e 105, II e III, da Constituição Federal, e os arts. 513, 518, § 1º, 522, 523, § 3º, 530, 535, 539, 541, 543-A, 543-B, 544, 545, 546 e 557, § 1º, do Código de Processo Civil cuidam do cabimento dos recursos lá mencionados. In: Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota n. 10, p. 507.

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, p. 47.

²² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: *Temas de direito processual - 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274-277.

1.1.2 Regularidade formal

Os recursos estão sujeitos, quanto à forma para sua interposição, à disciplina legal prescrita para os demais atos processuais. Salvo raras exceções, deve ser interposto mediante petição escrita, dirigida à autoridade judiciária prolatora da decisão recorrida, devidamente fundamentada com as razões de fato e de direito em que o recorrente se baseia para pedir a modificação do julgado²⁴.

Contudo, há vícios na apresentação do recurso que podem ser sanáveis.

Exemplo típico de irregularidade sanável é a interposição de recurso apócrifo, isto é, sem assinatura do procurador do recorrente.

Quanto ao ponto, nas instâncias ordinárias tem sido aplicado o entendimento de que o processo, como instrumento de realização de justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la²⁵. Todavia, na instância especial não tem sido oportunizada a regularização, e o recurso interposto sem a assinatura do advogado é considerado inexistente²⁶.

Sérgio Gilberto Porto pondera que, “se o processo valoriza o fim de seus atos, é necessário buscar a justificativa para a assinatura de um recurso. Logicamente, a razão de tal exigência só pode ser a comprovação de que o procurador da parte – e não outra pessoa – elaborou a peça”²⁷.

Importante consignar, outrossim, que é na regularidade formal do recurso que se inclui a exigência de profligação ou combate à decisão recorrida. Trata-se de requisito que, embora possa ser tido como mera questão formal, a rigor extrapola essa condição. Não é possível olvidar que a decisão judicial é, por essência, o dever-poder do Estado-juiz. Cumpre ao julgador decidir e decidir implica, como já asseverado, optar por versões distintas e controversas,

²⁴ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2002. p. 418.

²⁵ BRASIL. STJ, REsp 15.713/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.02.1992.

²⁶ BRASIL. STJ, REsp 442.055/RN, 3ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 05.12.2002. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Ministro Soares Muñoz, decidiu: “A falta de assinatura na petição recursal constitui mero lapso, pois foi ela datilografada em papel timbrado pertencente aos advogados que, desde a inicial, vêm patrocinando os interesses dos recorrentes e que, posteriormente, por meio de vários atos inequívocos, inclusive pela interposição do agravo de instrumento, ratificaram a interposição do recurso excepcional” (STF, RE 90.116-3, 1ª T., Rel. Min. Soares Muñoz. *Revista dos Tribunais*, 546/243).

²⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 74.

indiscutivelmente produzindo um vencedor e um vencido. Mas decisão houve. Cumprimento da atividade jurisdicional aconteceu. Aquele que contra essa decisão se insurge deve fazê-lo de forma no mínimo responsável, trazendo a lume da instância recursal as razões, os motivos, o porquê de sua irresignação.

1.1.3 Preparo

Pela atual redação do art. 511 do Código de Processo Civil, o preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, inclusive, se for o caso, comprovando igualmente o pagamento do porte de retorno dos autos. A deserção só será decretada, no caso de insuficiência do valor do preparo, se o recorrente, intimado, não o completar no prazo de cinco dias, consoante previsão do art. 511, § 2º, do CPC²⁸.

Para Sérgio Gilberto Porto, a regra de provar o adimplemento das custas (preparo), do porte de remessa e de retorno no ato da interposição do recurso, sob pena de não deserção, como todas as demais que visam à correta aplicação do direito, deve ser interpretada com tempero, cedendo em situações excepcionais em prol da melhor administração da justiça²⁹.

Flexibilizando a aplicação da deserção e assegurando o direito de recorrer, tendo em vista a não coincidência do horário do encerramento do expediente forense com o horário de expediente do estabelecimento bancário, o Superior Tribunal de Justiça tem permitido a comprovação do preparo no primeiro dia útil subsequente ao ato de interposição do recurso³⁰.

2 O EXCESSO DE FORMALISMO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

A análise dos requisitos de admissibilidade recursal demonstra a complexidade e a formalidade atinente ao ato de recorrer. O fundamento para as inúmeras exigências processuais decorrem da forma excepcional do recurso, em que o órgão jurisdicional já prestou a tutela pleiteada, ainda que contrária aos interesses de uma ou até em ambas as partes, considerando o parcial provimento.

²⁸ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2002. p. 418.

²⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

³⁰ BRASIL. STJ, REsp 469.736/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 18.05.2006.

É inegável que o acúmulo de recursos nos tribunais amplia o rigor formal, muitas vezes em prejuízo de sua função maior, que é decidir o conflito de direito material de acordo com os valores consagrados no ordenamento jurídico.

Atualmente, à luz dos princípios fundamentais do processo civil, percebe-se que há flagrante exagero em certos formalismos incrustados na atual legislação brasileira, bem como na jurisprudência pátria a cercear, injusta e desproporcionalmente, a admissibilidade dos recursos.

Há quem defenda que o recurso se volta a fazer a justiça do caso concreto, como um meio de restauração do justo e recomposição da justiça, a repudiar que as inúmeras exigências procedimentais resultem na prevalência da forma em detrimento da questão meritória³¹. Ousa-se discordar da premissa desse posicionamento, ainda que nem tanto quanto à conclusão. O recurso, tradicionalmente, atende a uma necessidade histórica, social, psicológica por parte do vencido em ver reexaminada a decisão que lhe foi desfavorável. De outra banda, não se pode retirar do recurso uma função política de controle das decisões de órgãos inferiores, fundamentalmente sob a bandeira da unicidade do direito constitucional e do direito federal. Mas, ao mesmo tempo, o recurso deve ser visto sob um enfoque mais complexo e abrangente do sistema processual e até da própria atividade jurisdicional, não podendo representar a regra, mas a exceção. O contrário retiraria dos órgãos jurisdicionais de primeiro e de segundo grau a razão de ser de sua previsão no sistema judiciário, podendo sumariamente serem dispensados. Dizendo com outras palavras, o recurso é um mal necessário. Sob essa ótica, alguns dogmas merecem ser revisitados, inclusive o próprio juízo de admissibilidade.

Segundo Chiovenda, as atividades das partes e dos órgãos jurisdicionais têm de submeter-se a determinadas condições de lugar, de tempo, de meios de expressão; tais condições se dizem formas processuais em sentido estrito³².

A experiência tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza³³. Consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁴, se o processo não obedecesse a uma ordem

³¹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Os pressupostos de admissibilidade recursal. *Portal ClubJus*, 28 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.5241>>. Acesso em: 10 set. 2009.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 3.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 4.

³⁴ *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 5.

determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário – ou talvez o que seja mais grave: a ausência absoluta de composição do conflito.

Sidnei Amendoreira³⁵ observa que os atos processuais devem obedecer a uma determinada forma, que são as condições de tempo, lugar e modo de expressão que a lei exige para a perfeita configuração do ato processual. Logicamente, as formalidades inerentes ao processo são imprescindíveis, de modo que, apesar de exigirem algum esforço, gerarem demora e angústia, constituem o preço que todos têm de pagar pela liberdade e segurança na vida social³⁶.

Entretanto, obviamente, com o passar do tempo e o desaparecimento do elemento mágico e religioso do processo, passa a ser repelida a forma oca, a forma pela forma, persistindo apenas na medida em que possui alguma utilidade, geralmente ligada à segurança das partes³⁷.

Não se pode olvidar que muitas formas são reflexos das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes justificável, por vezes desarrazoado à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense³⁸.

A história da lei e dos costumes forenses nos oferece eterno contraste entre o sentimento da necessidade das formas e a urgência de que a verdade dos fatos no processo não venha a sacrificar-se a elas, entre a necessidade da presteza nas lides e a de uma cognição e de uma defesa completas³⁹.

O art. 154 do Código de Processo Civil dispõe que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Ainda, nos termos do disposto no art. 250

³⁵ AMENDOREIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

³⁶ AMENDOREIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17.

³⁷ *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 5.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 6. 3. v.

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 6. 3. v.

do Código de Processo Civil, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados⁴⁰.

Por conseguinte, não é qualquer inobservância de forma que produz automaticamente a nulidade, mas, pelo contrário, depende de uma apreciação do juiz que deve, em cada caso, examinar as consequências que essa concretamente produziu⁴¹. Assegura-se o reconhecimento da validade dos atos processuais ainda quando estes, afastando do modelo legal de observância obrigatória, alcançam a finalidade a que se destinam⁴².

Para Alois Troller, a mais elevada finalidade do processo civil é investigar a pretensão jurídica aforada quanto à sua procedência e proporcionar justiça a uma pretensão fundada⁴³. A vontade da parte não pode ser frustrada em consequência da constituição do processo. Em verdade, o formalismo processual deve servir para a conservação da paz jurídica, a aplicação e o estabelecimento do direito⁴⁴.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que o procedimento há de adaptar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da adaptabilidade do órgão às exigências do processo. É a instrumentalidade do procedimento preservado em prol da efetividade do processo⁴⁵.

⁴⁰ Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota n. 6, p. 506. O art. 249, § 1º, do CPC preconiza que “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. Tal é a manifestação positivada da máxima *pás de nulité sans grief* e, ao impô-lo de modo tão explícito, quis o legislador apoiar-se no binômio escopo-prejuízo, deixando bem claro que nada se anula quando o primeiro houver sido obtido e, conseqüentemente, este não existir. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 600.

⁴¹ Rudolf von Jhering, no exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade, duas ideias fundamentais do direito romano, e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal, cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer, conclui essas considerações com a frase célebre: “A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (“*Die Form ist die geschoworene Feindin des Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit*”), que ainda hoje merece atenção.

⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 50.

⁴³ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo no processo civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 68.

⁴⁴ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo no processo civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 37.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, p. 356.

José Antonio Pimenta Bueno afirma que, se o juiz pronuncia uma nulidade que a lei não impunha, comete, sem dúvida, um abuso, que não deve subsistir. O excesso ou abuso da jurisdição ou poder fere não só os princípios da delegação da autoridade, mas os preceitos das leis; são por isso atos reprovados e nulos⁴⁶.

O problema do formalismo processual consiste em questão de política judiciária e psicológica, no sentido de como pode ser estabelecida a atividade do juiz e das partes e mais bem resolvidas as tarefas processuais⁴⁷.

2.1 O PAPEL DO JUIZ NA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Galeno Lacerda ensina que a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual⁴⁸.

Obviamente, sempre haverá certo grau de discricionariedade e, pois, de criatividade na interpretação de uma lei pelo Magistrado. Para Mauro Cappelletti, por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu texto, ele será sempre forçado a ser livre, porque não há texto legislativo que não deixe espaço para variações ou nuances, para a criatividade interpretativa⁴⁹.

Não obstante, incumbe ao órgão judiciário, mediante uso inteligente, dinâmico e com profundo sentido de responsabilidade, sempre por meio da interpretação razoavelmente justa, satisfazer eficazmente a função jurisdicional, evitando o abuso do processo⁵⁰.

No Direito brasileiro, pela adoção da fiscalização difusa da constitucionalidade de leis e atos, todo e qualquer juiz tem o dever de não aplicar previsões que conflitam com a Constituição Federal. Assim, torna-se inevitável que a atuação do Magistrado seja orientada para otimizar os direitos fundamentais⁵¹.

⁴⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed. corr. e aumen. Rio de Janeiro: Jacintho, 1911. p. 50-51.

⁴⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo no processo civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 37.

⁴⁸ Lacerda, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, v. 10, n. 28, p. 8, jul. 1983.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 24.

⁵⁰ SOSA, Gualberto Lucas. Abuso de derechos processuales. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos; MÉDEZ, Francisco Ramos et. al. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65-66.

⁵¹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

Nesse sentido, pelo juízo da proporcionalidade, ingressa no processo a prudência do julgador para aferir a constitucionalidade das restrições de direitos, evitando que a resposta estatal seja abusiva, desvinculada da sua missão constitucional⁵².

A admissibilidade recursal não pode ser interpretada de maneira desvinculada de sua finalidade. O formalismo deve garantir um processo justo, célere, prático e desenvolvido em paridade de armas. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, só é lícito pensar no conceito de formalismo na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão⁵³.

É inarredável para a concretização do direito ao processo justo que o juízo de admissibilidade recursal seja exercido por órgão jurisdicional efetivamente participante do processo preocupado em observar o contraditório ao longo de todo o procedimento⁵⁴.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Contudo, não devem os tribunais exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento⁵⁵.

Assim, uma coisa é o respeito à lei, devido por parte do juiz não menos que por parte de todos os membros da comunidade; outra, bem distinta, é o fetichismo do texto legal.

É necessário que o juiz atente, em conformidade com o mandamento do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, para a aplicação da lei com os olhos postos nos fins sociais a que ela se dirige e nas exigências do bem comum. Afinal

⁵² PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75.

⁵⁵ *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 270.

de contas, todo o labor realizado no gabinete do Magistrado, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter⁵⁶.

Para Juarez Freitas, não se pode admitir que, se a lei injusta é aplicada, o juiz teria atuado com justiça. Aceitar tal tese é confundir direito com justiça, num estranho monismo que acaba por fazer preponderar o direito positivo, no caso concreto, sem indagar da legitimidade desse mesmo direito⁵⁷.

No Estado Constitucional, na condução e intervenção no processo, os Magistrados têm o dever de diálogo, esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio⁵⁸.

O Código de Processo Civil acentuou ao juiz, ao mesmo tempo, os poderes de direção do processo e da instrução probatória (arts. 125 e 130), e ressaltou a sua submissão ao princípio da probidade, de modo a assegurar aos litigantes que a missão de fazer justiça e preservar a legalidade não pode ser deturpada e fraudada pelos encarregados da prestação jurisdicional⁵⁹.

Tema interessante que se põe e vem destacado pela doutrina, o não ser razoável que o julgador deixe de conhecer um agravo de instrumento por suposta ausência de “peça facultativa” sem intimar previamente a parte para sanar dita irregularidade. O art. 525, I, do Código de Processo Civil⁶⁰ elenca as peças obrigatórias que devem instruir a formação do recurso de agravo de instrumento, de modo que, se o julgador entenda que eventual peça facultativa seja essencial para o exato conhecimento das questões discutidas, é indispensável

⁵⁶ *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 270.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Heremênutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta, se quiser*. *Véritas*, Porto Alegre, v. 32, n. 125, p. 36, 1987.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75-76.

⁵⁹ MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Vitória, n. 16, 1978. p. 26.

⁶⁰ “Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II – facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis. § 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais. § 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.”

dialogar com a parte recorrente a fim de que esta apresente peça faltante e obtenha a pretensão jurisdicional⁶¹.

Em que pese configurar ônus da parte instruir corretamente o agravo de instrumento, fiscalizando a sua formação e o seu processamento, não pode o recorrente adivinhar que eventual peça facultativa seja indispensável, na ótica do julgador, para a apreciação da controvérsia. A conversão do julgamento em diligência é medida que se impõe em situações deste nível⁶².

Consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶³, o ideal seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias, o que, contudo, dependeria de reforma legislativa⁶⁴.

De qualquer sorte, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao intérprete compreender e interpretar as normas da melhor maneira e diferente do que aquela de seus autores, repensando a norma jurídica nas suas infinitas possibilidades⁶⁵, adequando-a, quando possível, à sua função social; negando-lhe

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72.

⁶² A ausência de peça facultativa à instrução de agravo de instrumento, nos termos do art. 525, II, do CPC, que é considerada indispensável ao exame da controvérsia, somente obsta o conhecimento do agravo se, oportunizada a sua juntada, o agravante permanecer inerte. (BRASIL. STJ, REsp 768.438/RJ, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJU 20.09.2005)

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006. O CPC Português, na feição adquirida depois das reformas de 1996 e 1997, ao instituir a cooperação como princípio basilar (art. 266), não descuro de determinar salutarmente no art. 742, 4, que: “Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício”.

⁶⁴ Como contraponto, a regra que dispõe sobre a instrução do agravo de instrumento contempla dois pontos distintos, considerando o efeito devolutivo: sua formação instrumental, com as chamadas peças “obrigatórias”, e sua formação quanto ao pedido de nova decisão, baseado na profligação da decisão recorrida. Quando a lei fala em peças “facultativas” – até porque cedo que o processo pouco se alimenta de atos facultativos –, na verdade está falando naquelas peças, que, a critério do recorrente, devem fundamentar as suas razões de recurso, o que, por certo, variará caso a caso. Nesse sentido, é ônus do recorrente provar ou demonstrar que o recurso se ampara em atos e fatos do processo, inadequadamente enfrentados pelo juiz monocrático, devendo devolver o conhecimento desses atos e fatos mediante traslado, ao órgão recursal. Sob essa ótica, o agravo mal instruído, ao contrário do que ocorre com as peças formais, levaria ao seu desprovimento, e não conhecimento. O tema, reconhece-se, é polêmico e merece reflexão, isso porque o Estado-juiz, enquanto órgão decisor, se parte entre autor e réu, entre recorrente e recorrido: o que dá a um, tira de outro. Não há mágica no processo.

⁶⁵ RADBRUCH, Gustav. *Introduzione alla scienza del diritto*. Trad. italiana. G. Giappichelli-Editore: Torino, 1961. p. 361.

incidência, quando contrária à lei fundamental, no que ela tiver de asseguradora da dignidade humana⁶⁶.

Os princípios deixam cada vez mais distante a ideia de aferramento à ritualística inconsequente, burocrática, mecanicista e alienante de origem positivista. Os princípios escancaram as portas do processo para que prevaleça o interesse público na justa composição da lide⁶⁷.

No Estado Democrático de Direito, é vedado ao juiz o não conhecimento de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que tenha dado oportunidade para saná-lo. Segundo Jesús González Pérez, tal conduta afronta o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁶⁸.

Diz Galeno Lacerda:

Não se pode pensar em devido processo legal apenas como preservação do rito, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.⁶⁹

O devido processo legal não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão, do fluxo de informações passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process of law* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um dedicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo⁷⁰. Mas um processo que conta com dois polos distintos e adversos. E as garantias e seguranças devem ser harmonicamente reconhecidas a ambos os litigantes.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta, se quiser. *Véritas*, Porto Alegre, v. 32, n. 125, p. 37, 1987.

⁶⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 283.

⁶⁸ PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 65-66.

⁶⁹ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, v. 28, p. 10, 1983.

⁷⁰ DORIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 33.

Nesse diapasão, a sobreposição do direito material ao direito formal é um norte a ser seguido. Dizendo de outra forma, não pode vir a soçobrar a lide material em face de questões de ordem formal, confortada ainda pela diretriz da colaboração entre as pessoas do juízo à vista da obtenção da justiça do caso concreto, desiderato máximo do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo⁷¹.

A visão instrumental do processo, com repúdio a seu exame exclusivamente interno e rigoroso, constitui abertura do sistema para infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material. Atingem-se, assim, valores maiores, que são a correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade⁷².

Portanto, o juízo de admissibilidade recursal no processo cooperativo veda ao juiz o não conhecimento de determinada pretensão da parte por defeito processual sanável. O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento com esses preceitos fundamentais⁷³.

2.2 OS REFLEXOS DA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Frente à grande quantidade de demandas e recursos que assolam os gabinetes dos Magistrados, não raramente se percebe que o Judiciário acaba implementando mecanismos para reduzir o seu trabalho. De fato, não conhecer um recurso, por conta de eventual irregularidade formal, é muito mais célere do que enfrentar o seu mérito. E mais: tal decisão sequer precisa ser do colegiado, podendo ser exercitada pelo relator monocraticamente. Nesse fio, essa orientação – hoje plasmada na lei processual – teve fomento no Supremo Tribunal Federal, por força de seu regimento interno, quando atribuído ao Relator poderes monocráticos para liminarmente estancar o recurso extraordinário, mas enfrentando o seu mérito, conforme art. 21 e seus parágrafos, por força da Emenda Regimental nº 2, de 04.12.1985, que acrescentou o § 2º, nos seguintes termos: “Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário”. Até então, a

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 154.

⁷² REsp 437.594/RS, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 01.04.2003, DJ 16.06.2003, p. 378.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004. p. 509.

previsão se limitava aos casos de arquivamento ou negativa de seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou quando contrariasse a jurisprudência dominante do Tribunal, ou por evidente hipótese de incompetência.

Ou seja, por via formal e também material se instalou um exame prévio de processamento do recurso, o que foi recepcionado pelo art. 557 do CPC e suas sucessivas reformas.

Impende atentar-se que, na prática, a estrutura do Poder Judiciário é extremamente precária para atender ao enorme número de causas atualmente ajuizadas e recursos interpostos. A demanda judicial não guarda proporção compatível com o número de Magistrados. Segundo Barbosa Moreira, é inexpressivo o número de juízes brasileiros em relação à população⁷⁴.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2010, havia nove Magistrados por 100 mil habitantes brasileiros, o que equivale a aproximadamente 1 Magistrado para cada 11.111 cidadãos⁷⁵.

No Uruguai, a relação Juiz-cidadão é 1 por 5.000, enquanto, na Alemanha, 1 por 4.000⁷⁶.

A título ilustrativo e atécnico, vale comparar o número de juízes e de julgamentos havidos no Superior Tribunal de Justiça e na *Corte di Cassazione* italiana⁷⁷. O Superior Tribunal de Justiça, como se sabe, conta com trinta e três ministros, divididos em seis Turmas, às quais cabe o julgamento de questões de direito público, privado e criminal, e, em 2002, julgaram 169.043 processos. Por outro lado, conforme dados citados por Andrea Proto Pisani, a *Corte di Cassazione* italiana conta com 140 juízes apenas para as causas cíveis, e, em 1995, foram julgadas 15 mil causas⁷⁸.

⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 101.

⁷⁵ CNJ. Notícias. Número de Magistrados cresce 3,2% no ano. 29.08.2011. *Agência CNJ de Notícias*. Gilson Luiz Euzébio. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15586:numero-de-magistrados-cresce-32-no-ano&catid=223:cnj>>. Acesso em: 13 maio 2012.

⁷⁶ ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). *A reforma do Poder Judiciário*. Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Campinas: Millennium, 2006.

⁷⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161-230.

⁷⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 18-19.

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, os problemas da justiça são estruturais, e não funcionais. Nossa percepção não alcança os problemas estruturais que condicionam a atual situação vivida pelo Poder Judiciário – seja porque eles se tornaram, para nossa compreensão, “naturais”, como o dia e a noite e o movimento dos astros –, seja por parecerem-nos, de qualquer modo, como inalteráveis⁷⁹.

A verdade é que a estrutura do sistema não é questionada nem problematizada pelos que sofrem os danos de uma justiça que perdeu, até mesmo, a desejada funcionalidade. Os processualistas não questionam a estrutura do sistema, limitando-se a melhorar o seu funcionamento, como se o problema residisse em algum defeito funcional⁸⁰⁻⁸¹.

Com efeito, Humberto Theodoro Júnior observa que os quadros de Magistrados e a organização de seus gabinetes são completamente incompatíveis com o volume gigantesco e sempre crescente dos serviços do foro brasileiro⁸².

Ainda, Eduardo Oteíza aponta que a sobrecarga de trabalho dos juízes atenta contra a capacidade para que estes brindem respostas eficientes⁸³.

A falta de estrutura do Poder Judiciário para dar conta das inúmeras causas apresentadas acaba ensejando a adoção de procedimentos ilegais por parte dos tribunais, mormente quando se trata da admissibilidade de recursos.

Há de se recordar que inúmeras reformas legislativas nesta seara são realizadas por pressão dos tribunais, como forma de desafogar os serviços forenses no segundo grau⁸⁴.

⁷⁹ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 158, p. 9-19, abr. 2008.

⁸⁰ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 158, p. 9-19, abr. 2008.

⁸¹ Em sentido contrário, Antonio Pessoa Cardoso afirma que o simples aumento do número de juízes não resolve a desordem atual do Judiciário. O erro situa-se na ineficiência das corregedorias para separar e apontar os juízes que julgam daqueles que se limitam a despachar ou a ostentar a toga para obtenção de vantagens indevidas. (Cardoso, Antonio Pessoa. A sentença e o juiz: as principais causas da lentidão dos julgamentos. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 6, n. 122, p. 10-12, 2002)

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos; MÉDEZ, Francisco Ramos et. al. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 93-129.

⁸³ OTEÍZA, Eduardo. *Reforma procesal civil*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 721.

⁸⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 889-890.

Exemplo típico é a norma disposta no art. 526, parágrafo único, do CPC⁸⁵. Os agravos não vinham sendo conhecidos, com ofensa flagrante e frontal ao sistema legal, razão pela qual foi necessária a previsão legal deste procedimento muito utilizado pelos tribunais, havendo até juízes que, jocosamente, se autointitulavam “desagravadores”, e não desembargadores, tal o volume de agravos que os tribunais passaram a receber⁸⁶.

Fernando Fontoura da Silva Cais menciona que exemplo relativamente à criação de requisitos formais é a existência do fenômeno da preclusão consumativa para a prática de determinados atos, como a necessidade de protocolo conjunto da contestação e da reconvenção; de interposição na mesma data dos recursos especial e extraordinário; ou de juntada dos documentos e guia de preparo dos recursos no mesmo ato do protocolo das razões recursais⁸⁷.

Por conseguinte, visando claramente a reduzir a quantidade de recursos interpostos, os tribunais acabam enrijecendo os requisitos de admissibilidade recursal: um carimbo ilegível⁸⁸, uma folha faltante na formação do agravo de instrumento⁸⁹, a interposição de recurso antes da publicação da decisão recorrida⁹⁰.

Guilherme Rizzo Amaral sustenta que essa solução encontrada pelos tribunais para reduzir as pilhas de autos é falha, pois,

⁸⁵ “Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.”

⁸⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade; JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 889-890.

⁸⁷ Os defensores dessa corrente afirmam que, uma vez praticado qualquer desses atos, ainda que antes do escoamento do prazo total para a sua prática, não seria mais possível praticar os atos (assim, por exemplo, a contestação e reconvenção devem ser protocoladas no mesmo dia), nem mesmo seria possível regularizar o ato eventualmente praticado de mesma maneira irregular, como ocorreria com a juntada *a posteriori* da guia de preparo devidamente quitada dentro do prazo recursal, mas após a interposição. (In: CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n. 57, p. 26-47, dez. 2007)

⁸⁸ BRASIL. STJ, AgRg-Ag 1216711/RS, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 09.03.2010, DJe 22.03.2010.

⁸⁹ BRASIL. STJ, AgRg-Ag 697727/RJ, 6ª T., Rel. Min. Paulo Gallotti, J. 18.04.2006, DJe 21.08.2006.

⁹⁰ BRASIL. STJ, AgRg-EREsp 643924/RS, 3ª S., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 10.03.2010, DJe 29.03.2010.

em vez de reduzir a quantidade de recursos, acaba-se atingindo apenas a sua qualidade. Saem de cena os recursos que discutem o mérito, entram em cena, praticamente em igual número, recursos para discutir problemas de forma.⁹¹

Na visão de Ovídio Araújo Baptista da Silva, “não é que o juiz seja desidiioso ou incompetente. O juiz não tem condições pessoais, humanas, de atender a essa avalanche de processos”. O Estado brasileiro não dotou o Poder Judiciário da estrutura que seria necessária para corresponder aos desafios de uma sociedade complexa, de massas. O apoio material não acompanhou as exigências da sociedade brasileira. O crescimento da demanda foi exponencial, e a oferta do serviço judiciário caminhou muito lentamente⁹².

Portanto, face à precariedade da estrutura física do Judiciário para atender a absurda quantidade de processos, um meio utilizado pelos tribunais para reduzir as pilhas de recursos tem consistido na supervalorização da forma no juízo de admissibilidade recursal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, as impugnações aos atos judiciais devem observar determinados requisitos legalmente previstos. Os requisitos de admissibilidade proporcionam necessária ordem processual e segurança na vida social.

Entretanto, não é qualquer inobservância de forma que deve levar ao não conhecimento de um recurso. A pretensão da parte – mormente o direito posto em causa – deve prevalecer ao fetichismo de forma. Não se pode olvidar que um recurso injustamente inadmitido implica o trânsito em julgado, ou seja, acarreta evidente cerceamento de defesa para o recorrente.

É desumano condicionar o reexame de um caso concreto extremamente danoso e irreversível a um juízo de admissibilidade despropositado e injusto. A análise dos requisitos que necessitam estar presentes para que o juízo *ad quem*

⁹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. A proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: TESHEINER, José Maria (Org.). *Processos coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 268-269.

⁹² As recentes reformas processuais: Leis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276, de 07.02.2006; 11.277, de 07.02.2006; 11.280, de 16.02.2006 [ciclo de estudos]/coordenação geral: Luiz Felipe Brasil Santos; coordenação adjunta: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas, 2006. (Cadernos do Centro de Estudos; v. 1), p. 116-120.

possa proferir o julgamento do mérito do recurso não pode ser flagrantemente atingida pelo enorme número de processos que assolam o Poder Judiciário.

A grande quantidade de processos que sobrecarregam os tribunais tem vigorado o excesso de formalismo. Infelizmente, a prática forense demonstra que não conhecer um recurso por eventual irregularidade formal é muito mais célere e conveniente do que enfrentar o seu mérito.

Como diz Guilherme Rizzo Amaral, grave deformidade causada pela massificação dos litígios é a supervalorização da forma, como um meio de reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais. O volume absurdo de processos tende a tornar os juízes verdadeiras máquinas, incapazes, muitas vezes, de refletir sobre soluções adequadas e moldadas para cada caso⁹³.

Na verdade, a criação de requisitos formais por órgãos do Judiciário distancia-se da celeridade pretendida, pois a parte sucumbente tende a recorrer para discutir problemas de forma, como num círculo vicioso.

Canotilho ensina que a aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta⁹⁴.

Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. O processo civil deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito de forma que se alcance efetiva distribuição de justiça⁹⁵.

Inadmitir um recurso por formalismo excessivo traduz evidente diminuição de garantias processuais e materiais incompatível com o direito fundamental ao processo justo que deve preponderar no Estado Democrático de Direito.

A estruturação de técnicas de julgamento em larga escala (massificação) pelos órgãos jurisdicionais, devidos às contingências de um sistema com inúmeros problemas operacionais, não pode negligenciar a aplicação coerente

⁹³ AMARAL, Guilherme Rizzo. A proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas". In: TESHEINER, José Maria (Org.). *Processos coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 268-269.

⁹⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 487.

⁹⁵ BRASIL. STJ, REsp 963.977/RS, 5ª T., Relª Min. Nancy Andriighi, J. 05.09.2008.

dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumentos econômicos e funcionais⁹⁶.

O combate ao formalismo excessivo na admissibilidade recursal – incompatível com o processo cooperativo – reclama o atendimento de fatores extraprocessuais, já que há visível escassez de recursos e material humano para diminuir ou eliminar a defasagem entre o número de juízes e de causas⁹⁷.

Por outro lado, também não se pode deixar de registrar que há uma tênue linha que separa a superação de questões formais em nome do enfrentamento do conflito de direito material – seja no âmbito do primeiro grau, seja no segundo grau de conhecimento – com a quebra de equidistância, pedra fundamental de toda a atividade jurisdicional.

A exemplo, uma petição inicial inepta autoriza o juiz, conforme o grau de inaptidão, a liminarmente indeferi-la (como o caso de impossibilidade jurídica do pedido), ou, sendo possível o saneamento, determinar sua emenda. A razão que sustenta a emenda é simples e coerente com o sistema: petição inicial pode vir a ser corrigida em outro processo caso o primeiro tenha sido extinto porque não oportunizada a emenda. Por economia processual e base no acesso à justiça, a previsão legal da emenda da petição inicial encurta o tempo e mantém hígido o processo já instaurado. De qualquer sorte, o réu ainda não fora citado, permitindo que exerça ele, oportunamente, a mais ampla defesa e contraditório, na medida em que só será chamado a juízo quando superado o defeito inicial.

O mesmo não é e nem pode ser contemplado no sistema recursal. Não há emenda ao recurso e sequer deve havê-lo. Porque o que antecede o recurso é a prolação de uma decisão que tem como destinatário não só o recorrente, mas também o recorrido. Cuidando-se de ônus processual do recorrente interpor o recurso, ao efeito de obstar a preclusão da decisão – que já está ainda que provisoriamente no patrimônio do vencedor – cumpre a ele, recorrente, o dever processual de litigar nos termos da lei. E, em sendo negligente ou imperito, há de responder por essa incúria, pena de se retirar do vencedor/recorrido o proveito que a decisão judicial lhe concedeu.

⁹⁶ NUNES, Dierle José Coleho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 155.

⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 120-135, set. 1999.

Este é o dilema do Magistrado: até que ponto, sem quebra da imparcialidade, da equidistância, haverá de superar questões formais, indispensáveis ao processo, sobrepondo-se às insuficiências das partes, sejam elas autor ou réu, recorrente ou recorrido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). *A reforma do Poder Judiciário*. Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. Campinas: Millennium, 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 120-135, set. 1999.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Introdução aos sucedâneos recursais. *Revista Direito & Justiça*, v. 27, a. XXXV, 2003/1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista Forense*, v. 349, p. 85-99, jan./mar. 2000.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Milano: Roma, 1936.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.099.853/RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. J. 05.12.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial nº 963.977/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 05.09.2008.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais. *Revista Dialética de Direito Processual: RDDP*, São Paulo, n. 57, p. 26-47, dez. 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, v. I, 1943.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. Campinas: Péritas, 2 v., 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 3. v., 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta, se quiser. *Véritas* (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 32, n. 125, p. 29-38, 1987.

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

Mendonça JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 28, p. 8, nov. 1983.

LOPES, João Batista. Efetividade do processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa? *Repro 105*, São Paulo: RT, 2002.

Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Vitória, n. 16, 1978.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Dierle José Coleho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

_____. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n.137, p. 7-31, jul. 2006.

OTEÍZA, Eduardo. *Reforma procesal civil*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2002.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei nº 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

