

O CÓDIGO E O FORMALISMO PROCESSUAL*

GALENO LACERDA **

Atribuiu-me a Comissão Organizadora deste Congresso a honra de proferir a conferência de encerramento. Participamos, nesta semana memorável, de um dos Congressos jurídicos mais importantes já realizados no País, fruto da preocupação crescente pelo aprimoramento da realização da justiça entre nós, manifestada na preferência que se nota nos meios jurídicos pelos estudos de Direito Processual, cuja intensificação assumiu proporções extraordinárias com o advento do Código de 73.

Ao ensejo dos dez anos de vigência desse diploma, nada mais natural e necessário, pois, do que um momento de reflexão crítica e de avaliação dos resultados concretos por ele trazidos à obra da justiça.

Daí o interesse enorme suscitado pelo certame que ora finda. Cerca de 130 teses e proposições apresentadas, mais de 1.000 inscritos, de todos os quadrantes do território nacional, a presença de processualistas os mais eminentes revelam bem o alto grau de consciência e de responsabilidade de todos os participantes em contribuir, de algum modo, para o aperfeiçoamento da distribuição da justiça.

Compreensível que os trabalhos oferecidos, que a apreciação dos relatores, que os debates travados no seio das Comissões e do Plenário tenham posto a tônica em críticas a imperfeições do Código e em sugestões de reforma e de simplificação do procedimento.

Depois de tanto efervescer fecundo, parece-me necessário, porém, ao fecho de tão significativo encontro, um instante de meditação sobre as virtudes que se contêm no Código em vigor.

Dentre elas — e são muitas — destaco, para tema desta reflexão, e talvez para surpresa de muitos, o antiformalismo processual consagrado pelo sistema nele estabelecido.

- Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15/7/1983.
- Professor jubilado da Fac. de Direito da UFRGS e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Quando se fala em “forma” no processo, acodem logo as palavras com que MONTESQUIEU inaugura o Livro 29 de seu *Espírito das Leis*: “As formalidades da justiça são necessárias à liberdade”. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívoco, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto de vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne.

Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito.

Tão fascinante é o estudo do direito processual no seu dinamismo, que conduz facilmente o espírito a hipertrofiá-lo como ramo do direito, em demérito dos demais. Contra essa tentação, sinto o dever, como professor mais velho e jubilado, de alertar a plêiade admirável de jovens estudiosos do processo aqui presentes. Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido.

Por isto, advertia MONTESQUIEU, após a frase retumbante, que, se as formalidades fossem muitas, poderiam elas empecer a finalidade das próprias leis que as criaram, e a propriedade dos bens restaria incerta, atribuída à parte que não a merecesse, ou frustrada a ambos os litigantes, que haveriam de permanecer, ao cabo de longa demanda, órfãos de justiça.

Ou, em outras palavras, a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual.

A propósito, não me canso de verberar o mau vezo, infelizmente generalizado, de negar-se à norma de processo outra interpretação que não a literal, exatamente aquela que os mestres da hermenêutica consideram a mais pobre, a menos satisfatória, a menos inteligente. Não há por que degradarmos o direito processual e os processualistas autênticos a este ponto, nem atribuirmos ao legislador intenções que jamis passaram por sua cabeça.

“O equívoco – adverte BETTI – consiste em trocar a lógica do direito pela lógica formal e em reduzir a tarefa do intérprete a uma simples operação de subsunção silogística semelhante em seu rígido automatismo às operações aritméticas”. Ao se aplicarem fórmulas feitas, como “in claris cessat interpretatio”, muitas

vezes "se esquece que não se trata de um juízo com função meramente cognoscitiva, mas de um instrumento plasmado para disciplinar a vida de relação. E então cumpre verificar em cada caso como funciona ele, e se alcança a meta a que deveria servir. Não basta a aparência do que diz a lei: um intérprete que se limitasse a aceitar a fórmula legislativa, porque 'está escrita assim', e prescindisse de indagar pela valoração normativa que lhe constitui a 'ratio iuris', mostraria possuir noção bem mísera do sentido da lei. A lógica do direito é algo bem mais alto do que a pobre lógica formal das proposições legislativas isoladas, e constitui tarefa do intérprete espiritualizá-la, considerando-lhe imanente o momento teleológico e vigiando pela coerência de todo o sistema". ("*Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*", ed. Giuffrè, 1949, ps. 181-183).

A verdade, porém, é que o sistema não aparece de pronto. Promulgado um Código, ele passa a adquirir vida própria em contacto com a realidade. A letra se choca com a vida. E o intérprete e o aplicador, no primeiro momento, se quedam ofuscados pela aparência imediata dos textos, incapazes de enxergar os imperativos profundos de coerência interna do sistema, impostos pelos valores mais altos a cuja tutela se propôs o legislador.

Desnorteados pelo impacto da letra e cegos de uma visão mais profunda, revoltam-se, então, contra os resultados absurdos da aplicação do texto, contra as devastações que ele provoca no real, contra as injustiças e os destroços que ele espalha. E logo surgem críticas candentes ao Código novo. Quando, na verdade, houve cegueira na interpretação inicial.

O Código de Processo Civil não escapou dessas vicissitudes. Hoje, porém, passados dez anos, provado pelas experiências da vida, decantadas as aparências, graças à obra fecunda dos processualistas e ao trabalho incessante e desbravador da jurisprudência, já se podem perceber com nitidez os grandes lineamentos do sistema em função do qual as normas isoladas deverão ser lidas e entendidas, a impor distinções, ressalvas, integrações e adaptações na letra.

A esta altura, já se consegue vislumbrar horizontes mais amplos, a sobrepujar o apego formal que pontilha o processo de nulidades, em frustração descabida de sua natureza instrumental, posta para a descoberta e realização do justo.

Fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do "due process of law", 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 inerme. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.

Esquecem, os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.

O equívoco dos que enchem a boca com o interesse público reside precisamente nisto: que, na compreensão desse conceito altamente abstrato e genérico, não existe apenas um interesse, mas nela se situa, ao contrário, uma extensão enorme de interesses diferenciados, tão ampla quanto aquela que diversifica os interesses privados.

Assim como o interesse público na realização da audiência pode ceder ante outro, igualmente público, mais alto, no julgamento antecipado, assim também o interesse na preservação da forma e do rito pode curvar-se perante outro interesse público predominante.

Cabe, portanto, ao intérprete e ao aplicador do Código, antes de afoitar-se a uma solução drástica e frustrante, perquirir se, acaso, acima do interesse formal que lhe parece imperativo, não se sobreponha outro interesse público mais alto, que lhe desbrave o caminho para o justo e para o humano.

No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima.

Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

Se assim é, como na verdade é, cumpre indagar quais as normas que, dentro de um Código processual, tutelam sua instrumentalidade, porque nelas reside e habita o interesse público predominante.

Fácil encontrá-las no capítulo destinado à disciplina das nulidades. Exatamente porque a preocupação maior consiste em

tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração.

Por este motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.

Aplicando por analogia ao Direito Processual um conceito de ZITELMANN, difundido entre nós por PONTES DE MIRANDA para definir as normas de Direito Internacional Privado ("Comts. à Const. de 67", I/92), diria que as regras sobre nulidades se integram no "sobredireito" processual porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isto, quando o Código, no art. 244, ordena ao juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º., determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: Embora nulo o ato porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido. Em outras palavras, a cogênci a da norma inferior cessa.

Calha, assim, a distinção referida por PONTES DE MIRANDA: "Partindo-se de que há regras jurídicas que recaem em relações, e regras jurídicas que recaem em regras jurídicas, a distinção logo se põe em evidência. Não é possível tratar-se, com exactidão e clareza, dos dois campos, sem se ver a diferença". Por isto, o sobredireito se define como o conjunto de "regras sobre a incidência das leis". ("Comts." cits., loc. cit.).

Se determinado dispositivo do Código prescreve que a nulidade não se declare, ele incide evidentemente sobre a norma infringida, cassando-lhe os efeitos, como autêntica regra de sobredireito.

No mesmo plano de superposição se insere o parágrafo único do art. 250: apesar do erro na forma do processo, ou seja, no rito ou no procedimento, segundo a correta observação de EGAS MONIZ DE ARAGÃO ("Comts.", 4^a ed., II/384), "dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa". Pouco importa a infração. A regra violada se torna ineficaz, porque prescrição mais alta do Código assim o quer, porque o interesse público na instrumentalidade do processo assim o exige.

Cumpre atender, ainda, a outro preceito basilar que, em idêntica linha de relevância, ilumina e sanciona tudo quanto foi dito, o do art. 154: "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 preencham a finalidade essencial". Sempre a preocupação em que o fim se sobreponha ao meio, ao veículo que é o processo.

Mas, além desses dispositivos integrantes do sobredireito processual, eleva-se outro, de enorme importância como norma de repúdio ao formalismo. Trata-se do art. 462: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Esse notável e avançadíssimo preceito, sem paralelo nos Códigos alemão e italiano, ALFREDO BUZAID o trouxe, com modificações ampliadoras, do art. 663 do Código português, que o inscreve sob o título "atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes".

A norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.

Deve-se à coragem e à ousadia de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, o grande mestre lusitano, a redução, pela vez primeira, ao direito positivo moderno, de idéias sobre a relevância dos fatos supervenientes, de que CHIOVENDA, entre outros, se fizera expoente.

Depois de assinalar que a aplicação rigorosa do princípio de que "deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento da demanda" ofenderia outro princípio mais alto, o da "economia dos processos", CHIOVENDA admite que, sob condição

de não alterar-se o pedido no curso do processo, se possa fazer valer uma causa superveniente, quando esta se traduzir no próprio fato jurídico afirmado como existente na demanda, embora, naquela ocasião, ainda não tivesse ocorrido. ("Instituições", I/257, nº. 38).

JOSÉ ALBERTO DOS REIS, no comentário ao art. 663 do Código português, diz, com acuidade, que "o fato superveniente veio pôr em movimento o direito alegado pelo autor, e não um direito diferente desse. A causa de pedir não sofre alteração", pois "o fato superveniente, de eficácia constitutiva, há – de conter-se na causa de pedir sobre que assenta a ação". ("C. P. C. Anotado", V/84). O mesmo vale, para ambas as partes, quanto aos fatos modificativos e extintivos.

Como quer que seja, a tese, transformada em lei e adotada pelo direito brasileiro, de modo ainda mais abrangente do que o português, abala e subverte velhos princípios, como o do efeito consumutivo da "litis contestatio", em sua rígida imutabilidade formal. Se não há mudança no pedido, há sem dúvida modificação entre os fatos anteriores e os posteriores à inicial e à contestação, transformação que deve, por lei, ser considerada. O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial.

Por fim, a merecer destaque como normas fecundas de flexibilidade, os parágrafos 1º. e 2º. do art. 515, a ampliar o efeito devolutivo da apelação, além dos limites da sentença, a todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não julgadas por inteiro, e bem assim aos fundamentos não apreciados; e o art. 517, que admite a proposição de questões de fato em segundo grau se a parte provar que deixou de fazê-lo, em primeiro, por motivo de força maior.

Pareceu-me apropriado, ao encerramento de um Congresso de tomada de consciência a respeito do desempenho do Código, propor estas reflexões sobre o alcance e o sentido dos preceitos estruturais que acabo de mencionar, eles, sim, denunciadores do verdadeiro espírito do sistema que o anima. Posso afirmar, e o faço agora com a experiência amadurecida de juiz, que esse sistema é profundamente antiformalista.

As disposições analisadas se expandem como largas avenidas de abertura, a permitir ao juiz trânsito livre para o milagre, sem os tropeços da forma e da letra, de fazer justiça de acordo com a

própria consciência, amparado em dispositivos do próprio Código.

Percebe-se, então, que os obstáculos e protelações resultam muito menos de defeitos do texto do que da falta de percepção, por quem o aplica ou interpreta, da esplêndida abrangência de princípios basilares, consagrados em preceitos norteadores.

A presença destes marcos no Código vigente, balizas de orientação aos que o empregam, prejudica e desmerece a maior parte das críticas contra ele voltadas.

Trata-se de um Código que permite boa justiça. Se ela não se produz com a rapidez desejada, culpe-se, antes de tudo, a organização judiciária e a angústia dos recursos materiais e humanos postos à disposição do Poder Judiciário no Brasil.

O Código é bom, muito melhor do que o anterior. Situa-se entre os melhores, dos congêneres. Não tem sido, porém, bem compreendido e aplicado.

Esta palavra de louvor e de justiça, impunha-se alguém a dissesse neste momento.

“Não procures tornar-te juiz se não tens força para extirpar a injustiça”, reza o Velho Testamento (Eclo, 7. 6).

Se a força depender do Código atual, o espírito que lhe anima a letra saberá infundi-la. E não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano na vida.