

DEVER JUDICIAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO

CRISTINA GUTIÉRREZ
Juíza de Direito TJ/RJ

Constitui poder-dever do magistrado, sempre que não houver prejuízo às partes, adequar o procedimento à pretensão deduzida em Juízo, em observância aos princípios da efetividade, economia e acesso à jurisdição, o que mais se evidencia nos remédios heróicos estabelecidos na Constituição, como o mandado de segurança.

O ajuizamento do mandado de segurança, quando a verificação do alegado direito “líquido e certo” demanda dilação probatória, tem conduzido os julgadores a extinguirem o processo sem julgamento do mérito, apoiando-se no disposto no art. 267, IV, do Código de Processo Civil e art. 8º, da Lei 1533/51, ressaltando, ao impetrante, o acesso às vias ordinárias.

Será que tal entendimento ortodoxo, usualmente adotado por nós julgadores, está em consonância com os princípios constitucionais, entre eles o denominado direito à ordem jurídica justa de que falam os modernos processualistas?

Será que atende aos reclamos do efetivo acesso à jurisdição, assegurado no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal?

E do direito à duração razoável do processo e os meios que garantam a sua celeridade, como se promete na futura reforma do Poder Judiciário?

A relevância de tema tão empolgante – conversão do rito erroneamente utilizado – já fora tratado pela doutrina e jurisprudência, sob a égide da ordem jurídica anterior.

Trata-se da aplicação do **princípio do aproveitamento dos atos processuais** que se extrai do disposto no art. 250 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil, que ora se transcreve:

“Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quando possível as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”.

Não se pretende com isso defender a tese da fungibilidade do rito processual, com a qual não se comunga, sem embargo das opiniões em contrário.

Há que se distinguir entre a pretendida adoção da disponibilidade do rito processual e a validade do “processo”. Aquela inadmissível, quer para as partes, quer para o magistrado, por se tratar de interesse público, sobre o qual não se pode transigir. Esta última aplicável, adotando-se o princípio do aproveitamento dos atos processuais decorrente do art. 250 do Código de Processo Civil.

Tal distinção ficou consagrada, em 1981, no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA), quando se aprovou, por 15 votos a favor, 1 contra e 2 abstenções, a tese do emérito processualista, então relator, Adroaldo Fabrício, conclusivamente, nos seguintes termos:

“a) inexistente para as partes ou para o Juiz, a faculdade de substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário, submetendo a causa a este quando a lei prescreve aquele;

b) contudo, a errônea do rito não conduz à invalidade do processo, devendo-se aproveitar todos os atos realizados;

c) relativamente aos atos processuais ainda não consumados no momento em que se constata a inadequação do rito, deve ser o procedimento sumaríssimo adotado, nada importando o estágio de andamento e o grau de jurisdição em que se encontra o feito”.

Extraem-se do referido voto do professor Adroaldo Furtado Fabrício as seguintes lições:

“.... Não me filio à idéia da fungibilidade do rito, exatamente porque a minha ótica é outra. Não porque propriamente eu parta daquela idéia contra a qual teriam algumas restrições de todas as formas

processuais. Não propriamente por isso, mas porque o procedimento hoje, no processo eminentemente publicístico, atende sobretudo interesses de ordem pública, não sendo instituído para favorecer, para beneficiar as partes ou uma delas. Não foi em contemplação da comodidade das partes ou de uma delas que se instituiu no nosso caso mais específico, um procedimento abreviado, acelerado, com supressão de atos a que se dá o nome sumaríssimo, embora ele não chegue sequer a ser sumário, pelo menos substancialmente.

O interesse aí envolvido, parece-me ser, sobretudo, um interesse estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional, um rendimento maior.

...

O que a lei tem em mente é isto: obter maior operacionalidade, maior rendimento, maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. E esse interesse é indiscutivelmente público.

Portanto o procedimento, ou rito, ou a forma do processo, como queiram dizer, não é objeto possível de convenção das partes, de transigência, de renúncia pelas partes.

....

Não extraio, entretanto dessa recusa à preferibilidade ou à conversibilidade do rito, a consequência rigorosa que alguns extraem, de dar pela nulidade de todo o processo que tenha se submetido à forma errônea. Parece-me que o processo vale, porque devemos ter presente outros critérios que são os próprios princípios inspiradores das normas processuais em matéria de nulidades, especialmente os princípios contidos nos arts. 244, 245 e 250 do CPC. Princípios estes, em última análise, de aproveitabilidade dos atos da conversão. O que se tem de fazer, diante de um processo que se submeteu à forma inadequada, é verificar o que é aproveitável dentro daquilo que já se processou e o que pode ser aproveitado. Despreza-se o inaproveitável, com as eventuais repetições que se façam necessárias, aproveita-se aquilo que se possa enquadrar, que se possa encaixar no rito adequado.

....

A qualquer momento, porém, no meu modo de ver, em que a impropriedade seja detectada, seja constatada, cabe ao Juiz, de qualquer grau de jurisdição proceder à adaptação.

A adaptação não atingirá senão os atos futuros, os atos ainda não realizados, ainda não alcançados pela preclusão.

Adotar a forma correta, adotar a forma adequada, prescrita em lei, é possível, até mesmo, como destaquei, em segundo grau de jurisdição.

Não é, pois, irrelevante a conversão, ainda que tardia, do procedimento adotado.”

Transcreve-se, outrossim, do VI ENTA, a intervenção do mestre Humberto Theodoro Júnior, atribuindo ao magistrado o dever legal de conversão do rito:

“...Como entender, pois, que a parte, na sua conveniência pessoal, possa dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para ela, mas sim para a atuação de uma função soberana do Estado? Daí a inaceitabilidade de qualquer tese que defenda a livre disponibilidade ou a fungibilidade de procedimentos e ritos.

Saber se a violação de um rito acarreta nulidade já é um problema que se insere na estrutura das nulidades, não na disponibilidade dos ritos.

Por isso dou o meu inteiro aplauso, minha inteira aprovação à tese do juiz Adroaldo Fabrício, que foi muito feliz no seu posicionamento.

A impropriedade do rito não conduz à nulidade, porque a violação da forma do processo não conduz àquela nulidade. Mas o Juiz, o Tribunal, ao detetarem a impropriedade têm o dever legal de fazer a adaptação que será feita com o aproveitamento daquilo que não lesou a parte, que é aproveitável.”

O mestre uruguaio Eduardo Couture, em sua célebre obra **Introdução ao Estudo do Processo Civil** (tradução de Mozart Victor Russomano, 3ª ed., Rio de Janeiro, José Kofino, Editor, 1951, p. 68), já destacava o caráter efetivo do processo e a sua finalidade pública e privada:

“...Esse fim é privado e público ao mesmo tempo.

É privado, no que diz respeito às próprias partes, por ter feito cessar o conflito. Ao autor assegura a efetividade de seu direito, quando sua pretensão é justa: ao réu assegura a improcedência da ação, quando a oposição é justa.

*Ao lado dêsse interesse privado, todavia, o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em **garantir a efetividade integral do direito. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do Direito.** Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega mediante o processo. Êste, como se tem dito mantém a *lex continuitatis* do direito”....*

Inadmissível, na processualística moderna, o afastamento aos princípios da efetividade e da economia processuais.

Evidencia-se a preocupação de utilização do processo como verdadeiro instrumento de realização do direito material, positivando-se no projeto de reforma do Poder Judiciário, o direito constitucional da parte à celeridade processual, *in verbis*:

Art. 5º.....

“LXXVIII. A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Isto porque como já dizia Rui Barbosa “justiça tardia não é justiça”.

A inobservância ao princípio do direito à duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação passa a constituir verdadeira negativa do acesso à jurisdição, princípio fundamental insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O direito à denominada *ordem jurídica justa*, aí incluída a celeridade, é a tônica da processualística moderna, destacando-se sobre o tema, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Paulo Bonavides, Barbosa Moreira, Sálvio de Figueiredo e Carreira Alvim, dentre outros.

A conversão judicial do mandado de segurança em ação de rito ordinário nenhum prejuízo trará à defesa.

Ao revés, na linha do acesso à denominada ordem jurídica justa, garantir-se-ão à parte a celeridade e a efetividade do processo, evitando-se ao final, a sua extinção sem julgamento do mérito, bem como novo ajuizamento, com recolhimento de custas e taxa judiciária.

Neste sentido, há muito decidira o mestre Athos Gusmão Carneiro, cassando sentença extintiva sem julgamento de mérito, por erro de rito procedimental, quando relator de acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 25.02.86 (**Revista dos Tribunais**, nº 610, p. 191):

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

*Valor da causa – Vinculação ao salário mínimo – Decisão de 1º grau que entende correta a vinculação ao maior valor de referência – **Processo extinto sem julgamento do mérito por inadequação do rito – Inadmissibilidade** – Inaplicabilidade da Lei 6.205/75 ao processo civil – Vício que, ademais, se existente, importaria apenas erro de forma, não acarretando anulação do feito - Aplicação dos arts. 250 e 275, I, do CPC.*

*“Não se anula o processo, por erro de forma, quando possível, sem prejuízo ao contraditório, o aproveitamento dos atos praticados. Regra fundamental do art. 250 do CPC. **Cassação da sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito.**”*

Na mesma linha de entendimento, vale transcrever trechos extraídos de acórdão unânime proferido pela 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 05.05.1987, relator o Juiz Régis de Oliveira (**Revista dos Tribunais**, nº 622, p. 126/127):

“... Daí impor-se o provimento parcial para determinar-se a adaptação ao rito de execução, efetuando-se a penhora, servindo a contestação como embargos, que se processarão nos mesmos autos. Assim, atende-se à legislação processual sem causar maiores danos às partes. Evita-se nova propositura de ação, economizando-se tempo, ganha-se em rapidez processual, realizando-se apenas e tão somente um ato a penhora, solicitada pela própria devedora.”

Na mesma esteira vêm decidindo os nossos Tribunais:

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 62318/SP (199500125315) RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DATA DA DECISÃO: 05/09/1995

ÓRGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA

E M E N T A

PROCESSUAL E CIVIL - CONVERSÃO DE RITO SUMARÍSSIMO EM ORDINÁRIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - CESSÃO DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA NÃO REGISTRADO - PERDAS E DANOS - MATÉRIA DE FATO.

I - A JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACOLHE ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, INEXISTINDO PREJUÍZO PARA A PARTE ADVERSA, ADMISSÍVEL É A CONVERSÃO DO RITO SUMARIO PARA O ORDINÁRIO.

II - NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, A CESSÃO AVENÇADA, COMPROVADO QUE O COMPROMISSÁRIO TAMBÉM VENDEU O BEM A TERCEIRO QUE O REGISTROU, PERDE VALIDADE, RESTANDO AO PREJUDICADO, REPARAÇÃO EM PERDAS E DANOS.

III - MATÉRIA DE FATO NÃO SE REEXAMINA EM ESPECIAL (SUMULA 07/STJ).

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO.

RELATOR: MINISTRO WALDEMAR ZVEITER

INDEXAÇÃO: ADMISSIBILIDADE, CONVERSÃO, RITO SUMÁRIO, RITO ORDINÁRIO, INEXISTÊNCIA, PREJUÍZO, DIVERSIDADE, PARTE.

DESCONHECIMENTO, RECURSO ESPECIAL, EXISTÊNCIA, MATÉRIA DE FATO, REFERÊNCIA, POSSIBILIDADE, CESSIONÁRIO, INTERPOSIÇÃO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, PERDAS E DANOS, INEXISTÊNCIA, VALIDADE, ACORDO, CESSÃO, COMPROMISSO, COMPRA E VENDA, IMÓVEL, COMPROVAÇÃO, ALIENAÇÃO, BENS, TERCEIROS, REALIZAÇÃO, REGISTRO.

CATÁLOGO: CV 0221 PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESCISÃO INDENIZAÇÃO. FONTE: DJ DATA: 06/11/1995 PG: 37569.

VEJA: RESP 13573-SP, RESP 11200-SP, RESP 5604-MG, RESP 2834-SP, (STJ)

*DOCTRINA: OBRA: DIREITO CIVIL, VOL. 3, SARAIVA, 17ª ED.
AUTOR: SILVIO RODRIGUES
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: FED LEI: 005869 ANO:
1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00244
PAR: ÚNICO ART: 00250 ART: 00275 INC: 00001 LEG: FED LEI:
003071 ANO: 1916 ***** CC-16 CÓDIGO CIVIL ART: 01092*

ACÓRDÃO: RESP 13573/SP (199100162418)

RECURSO ESPECIAL

*DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER, EM PARTE, DO
RECURSO ESPECIAL, PELO FUNDAMENTO DA ALÍNEA “C”,
MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.*

DATA DA DECISÃO: 30/06/1992

ÓRGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA

E M E N T A

*PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO.
AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.*

*A CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO EM
ORDINÁRIO, QUANDO POSSÍVEL, E SEM QUALQUER
PREJUÍZO PARA A PARTE ADVERSA, NÃO CONTRARIA AS
DISPOSIÇÕES PERTINENTES DA LEI PROCESSUAL CIVIL.*

RELATOR: MINISTRO CLÁUDIO SANTOS

*INDEXAÇÃO: POSSIBILIDADE, ALTERAÇÃO, PROCEDIMENTO
SUMARÍSSIMO, RITO ORDINÁRIO, HIPÓTESE, AUSÊNCIA,
PREJUÍZO.*

*CATÁLOGO: PC 0516 DEFESA (CÍVEL) CERCEAMENTO
ALTERAÇÃO DE PROCEDIMENTO*

FONTE: DJ DATA: 28/09/1992 PG: 16425

*REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: FED LEI: 005869 ANO:
1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00390*

Tribunal de Justiça do Paraná

ACÓRDÃO: 13894 DESCRIÇÃO: APELAÇÃO CÍVEL

RELATOR: DES. ULYSSES LOPES

COMARCA: LONDRINA - 1ª VARA CÍVEL

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

PUBLICAÇÃO: 25/08/1997

EMENTA

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR. EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA.

SENTENÇA EXTINTIVA QUE RECONHECE CARÊNCIA DA AÇÃO, E REMETE AS PARTES A VIA ORDINÁRIA. AJUIZAMENTO ANTERIOR DE EMBARGOS AO MANDADO.

CONVERSÃO DO RITO ESPECIAL EM ORDINÁRIO. APROVEITAMENTO DA AÇÃO.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA: CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGOS 250 E 1.102 C.P.

Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Acórdão : 0111602-3 Apelação (Cv) Ano: 1991

Comarca: Belo Horizonte

Órgão Julg.: Segunda Câmara Esp. Temporária. Relator: Juiz Kelsen Carneiro

Data Julg.: 17/10/1991

Dados Publ.: NÃO PUBLICADO

Decisão: Unânime

EMENTA

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCARACTERIZAÇÃO DO TÍTULO - CONVERSÃO EM ORDINÁRIA DE COBRANÇA - POR ECONOMIA PROCESSUAL, O JUIZ, AO VERIFICAR QUE A CAMBIAL NÃO POSSUI AS CARACTERÍSTICAS DE TÍTULO EXECUTIVO, DEVE CONVERTER A EXECUÇÃO EM AÇÃO DE COBRANÇA, QUE SE OPERARA NO RITO ORDINÁRIO COM AS DEFESAS E EXCEÇÕES DE DIREITO.

No mesmo sentido, entre tantos outros, destacam-se os RESPs 13573-SP, 11200-SP, 5604-MG, 5100, 3166, 19798-RS; e o RE 115062.

Aliás, quanto à efetividade e economia processuais, em tema de mandado de segurança, esta magistrada já teve oportunidade de se pronunciar em artigo publicado na revista **Doutrina** nº 9, Rio de Janeiro, Instituto de

Direito, 2000, p. 38/41, **Informativo ADV** nº 21, p. 331 e na **Revista da EMERJ**, v. 3, nº 9, p.136/140.

As partes não têm poder de disponibilidade sobre o rito processual, pois o procedimento não foi criado para elas e, sim, para a atuação de uma função soberana do Estado. Daí a inaceitabilidade de qualquer tese que defenda a livre disponibilidade ou a fungibilidade de procedimentos e ritos.

Saber-se se a violação de um rito acarreta nulidade já é um problema que se insere na estrutura das nulidades, não na disponibilidade dos ritos.

A impropriedade do rito não conduz à nulidade, porque a violação da forma do processo, por si só, não conduz àquela nulidade.

A nova ordem jurídica não se compatibiliza mais com decisões que se afastem dos princípios constitucionais reitores do Estado Democrático de Direito, mas juízes e tribunais, ao detectarem a impropriedade do rito, têm o poder-dever de adequar o procedimento à pretensão deduzida em Juízo, com o aproveitamento daquilo que não lesou a parte. ◆